

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**Aspectos problemáticos en la regulación y aplicación de los
delitos de prevaricación judicial**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

Juan José Toscano Tinoco

DIRECTORES

José Núñez Fernández
Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles

Madrid



UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE
MADRID

TESIS DOCTORAL

**ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA
REGULACION Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS
DE PREVARICACIÓN JUDICIAL**

DOCTORANDO: JUAN JOSÉ TOSCANO TINOCO

DIRECTORES DE TESIS:

D. JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ

D. JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES

CENTRO:

FACULTAD DE DERECHO



U N I V E R S I D A D
COMPLUTENSE
M A D R I D

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR

D./Dña. JUAN JOSÉ TOSCANO TINOCO,
estudiante en el Programa de Doctorado EN DERECHO,
de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de
Madrid, como autor/a de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor y
titulada:

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

y dirigida por: D. JOSÉ NÚÑEZ FERNÁNDEZ/D. JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES

DECLARO QUE:

La tesis es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, en particular, la Ley de Propiedad Intelectual (R.D. legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), en particular, las disposiciones referidas al derecho de cita.

Del mismo modo, asumo frente a la Universidad cualquier responsabilidad que pudiera derivarse de la autoría o falta de originalidad del contenido de la tesis presentada de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente.

En Madrid, a 10 de julio de 2019

Fdo.: _____

Esta DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD debe ser insertada en
la primera página de la tesis presentada para la obtención del título de Doctor.

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por enseñarme a apreciar la labor callada e inculcarme el trabajo como valor y no como mera necesidad.

A mis profesores, de todos los ámbitos académicos, que siempre, de un modo u otro, estimularon mi interés por aprender.

A Don Pedro Márquez Romero (q.e.p.d.) por ayudarme en sus momentos más difíciles y por decirme, entre otras cosas, que la oposición sólo puede aprobarse con el corazón.

A mis veteranos compañeros de Carrera, de los que, por azares inesperados de la vida y cuando más lo necesitaba, he tenido la oportunidad de aprender tanto.

A mis directores de tesis, que depositaron en mí su confianza, por su entrega, comprensión, consejos y afecto.

A Irene López García por suplir, desinteresadamente, con indudable efectividad y con la mayor sencillez, mis carencias ofimáticas.

Y finalmente a ti, María, cooperadora necesaria, de una y otra manera, en este trabajo que, de lo contrario, habría resultado imposible.

A mis padres,
a mi mujer y
a nuestro adorable Juan

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	17
RESUMEN	21
INTRODUCCIÓN.....	27

PARTE I

LA INJUSTICIA DE LA RESOLUCIÓN EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL DOLOSA

CAPÍTULO I

INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO “INJUSTA” POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DE LA “RESOLUCIÓN INJUSTA”. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR EN TORNO A LA VERDAD JURÍDICA ...	32
1.1. Teorías clásicas sobre el concepto de la injusticia de la resolución	38
1.1.1. Teoría subjetiva.....	38
1.1.2. Teoría objetiva	41
1.1.3. Teoría intermedia o de los deberes: tesis de RUDOLPHI.....	45
1.2. Análisis crítico de las teorías sobre el elemento típico “injusticia” en el delito de prevaricación judicial.....	49
1.2.1. Visión crítica de la teoría subjetiva.....	50
1.2.2. Visión crítica de la teoría intermedia	51
1.2.3. Valoración de la teoría objetiva	56
2. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA	57
2.1. Reflejo de las diversas teorías expuestas	57
2.2. Conclusiones y valoración crítica	64

2.2.1. Admisión de la tesis objetiva.....	64
2.2.2. Exclusión de las posturas subjetivistas	66
2.2.3. Motivos del autor.....	68

CAPÍTULO II

PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DE LA “RESOLUCION INJUSTA”

1. INTENTO DE APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO JURÍDICO DE INJUSTICIA.....70

1.1. Consideraciones previas en relación con las teorías sobre la prevaricación judicial y dificultades metodológicas.....	70
1.2. La búsqueda de contenido para el concepto de lo justo y lo injusto en la Filosofía del Derecho	76
1.3. La búsqueda de contenido para el concepto de lo justo y lo injusto en la ciencia del Derecho.....	79
1.3.1 Somera visión de la evolución de la ciencia jurídica.....	79
1.3.2 Valoración del curso histórico expuesto y propuestas metodológicas.....	83

2. OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL.....86

2.1. Bien jurídico y objeto de protección	91
2.2. La prevaricación judicial como delito de infracción de deber	101
2.2.1 Caracterización general de la categoría de los delitos de infracción de deber.....	102
2.2.2 Aplicación de la categoría y teoría de los delitos de infracción de deber a los cometidos por jueces y magistrados	106
2.2.3 Configuración institucional de la justicia y posición de los jueces en el seno de la “institución positiva” de la Justicia.....	107
2.2.3.1. Posición institucional	111
2.2.3.2. La independencia y la imparcialidad. Consideraciones sobre el devenir histórico del poder judicial.....	113

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS
DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

2.2.3.3. Integración o separabilidad de los conceptos.....	116
2.2.3.4. Plasmación normativa de la independencia y la imparcialidad	118
2.2.3.5. La imparcialidad.....	122
2.2.3.6. Independencia e imparcialidad, ¿garantía o deber?	125
2.3. Naturaleza jurídica del elemento típico injustica	132
2.3.1 Evolución de la teoría del tipo y los elementos del deber jurídico.....	132
2.3.2 Implicaciones de la teoría de los elementos del deber jurídico en relación con el delito de prevaricación judicial	138
3. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA “RESOLUCIÓN INJUSTA”	140
3.1. Punto de partida	140
3.2. Elementos integrantes del concepto de injusticia.....	141
3.2.1 Infracción de la garantía objetiva de la jurisdicción: falta de adecuación de la resolución a las exigencias del caso concreto	141
3.2.2 Infracción de la garantía subjetiva de la jurisdicción	143

PARTE II

**EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DOLOSO DE PREVARICACIÓN
JUDICIAL**

CAPÍTULO I

**CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA
DEL HECHO**

1. INTRODUCCIÓN	156
2. EL DOLO COMO FORMA DE ATRIBUCIÓN SUBJETIVA DEL HECHO.....	157
2.1. Fundamento y ubicación	157

2.2. Concepto de dolo.....	159
2.3. Clases de dolo.....	162
2.4. Determinación y prueba del dolo	162

CAPÍTULO II

LA ATRIBUCIÓN SUBJETIVA DEL HECHO EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL DOLOSA

1. DE LA TEORÍA GENERAL AL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL 165

2. OPINIONES DOCTRINALES SOBRE EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL.....167

2.1. En general, sobre el tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial.....	167
2.2. Alcance de la expresión “a sabiendas”	168

3. EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL DOLOSA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO173

3.1. Concepto, contenido y extensión del dolo	173
3.1.1 La expresión “a sabiendas” como exteriorización del dolo	173
3.1.2 Construcción del dolo en torno al elemento intelectual o cognitivo	174
3.1.3 Alusión al elemento volitivo como causa del comportamiento.....	175
3.1.4 Restricción al dolo directo como criterio de imputación subjetiva	175
3.1.5 Los motivos del autor	176
3.2. Construcción del tipo subjetivo	179
3.2.1 Enumeración de casos.....	179
3.2.2 Determinación de los criterios de atribución	181

4. EL TIPO SUBJETIVO DESDE LA CONCEPCIÓN DEL TIPO OBJETIVO COMO INFRACCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LA JURISDICCIÓN191

PARTE III

LA PREVARICACIÓN JUDICIAL IMPRUDENTE

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPRUDENCIA

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES	198
2. LA IMPRUDENCIA PENALMENTE RELEVANTE.	200
2.1. Encuadre normativo y dogmático	200
2.2. Cuestiones conceptuales esenciales	201
2.3. Propuestas dogmáticas de configuración del delito imprudente	203
2.3.1. La imprudencia desde un modelo finalista	203
2.3.2. La imprudencia desde una concepción teleológico-valorativa de la teoría del delito	207
2.3.3. El delito imprudente para JAKOBS.....	213
2.3.4. Breve referencia a la configuración jurisprudencial del delito imprudente.....	214

CAPÍTULO II

LA PREVARICACION JUDICIAL COMO DELITO IMPRUDENTE

1. ORÍGENES Y FUNDAMENTO DE LA TIPIFICACIÓN	216
2. CONCEPTO Y GRAVEDAD DE LA IMPRUDENCIA Y DE LA IGNORANCIA INEXCUSABLE.....	217
2.1. Tipicidad: tipo objetivo común o tipo objetivo diverso	217
2.2. Concepto de imprudencia	220
2.2.1. Fundamento de la punición y objeto de prohibición	220

2.2.2. La acción imprudente	222
2.2.2.1. El deber objetivo de cuidado	223
2.2.2.2. La creación de un riesgo no permitido	225
2.2.3. El concepto de la gravedad	230
2.2.3.1. Consideraciones previas.....	231
2.2.3.2. Posición de la jurisprudencia sobre la delimitación de la imprudencia grave	233
2.2.4. Ignorancia inexcusable: <i>tertium non datur</i> ?	234
2.2.5. Interpretación jurisprudencial del art. 447 CP	236
3. RESULTADO TÍPICO: RESOLUCIÓN MANIFIESTAMENTE INJUSTA.....	239
3.1. Decantación preliminar: la prevaricación como delito de resultado	239
3.2. ¿Difiere la injusticia “dolosa” de la injusticia “imprudente”?.....	242
3.2.1. Opiniones doctrinales	242
3.2.2. Razones para una conceptualización diversa de concepto de injusticia.....	245
3.3. Definición de resolución “manifiestamente injusta”	247
3.3.1. Propuesta de definición.....	247
3.3.2. Innecesariedad de la imputación objetiva del resultado	253
3.3.2.1. La teoría de la imputación objetiva.....	253
3.3.2.2. En particular, “el fin de protección de la norma”	254
4. RECAPITULACIÓN	256
CONCLUSIONES	259
BIBLIOGRAFÍA.....	265

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS
DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

ABREVIATURAS

AATS	Autos del Tribunal Supremo
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ACP	Anterior Código Penal
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales
AT	<i>Allgemeiner Teil</i> (Parte General)
BgH.....	<i>Bundegerichtshof</i> (Tribunal Supremo de Alemania)
CC.....	Código Civil
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
CE.....	Constitución Española
Cit.	citado
Coord.	Coordinador
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
CPC.....	Cuadernos de Política Criminal
Dir.	Director
LEC.....	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECR.	Ley de Enjuiciamiento Criminal

LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTG.....	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOTJ.....	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
Op. cit.	<i>opus citatus</i> (obra citada)
Pág.	Página/s
PCP.....	Proyecto del Código Penal
PE.....	Parte Especial
PG.....	Parte General
RPJ.....	Revista del Poder Judicial
RDP.....	Revista de Derecho Político
REDC.....	Revista Española de Derecho Constitucional
RGLJ.....	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC.....	Revista Jurídica de Cataluña
ss.....	Siguiente/s
SSTC.....	Sentencias del Tribunal Constitucional
SSTS.....	SentenciaS del Tribunal Supremo
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo
SAP.....	Sentencia de Audiencia Provincial
STEDH.....	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB.....	<i>Strafgesetzbuch</i> (Código Penal alemán)
TC.....	Tribunal Constitucional
TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Trad.....	Traducción
TSJ.....	Tribunal Superior de Justicia
TS.....	Tribunal Supremo
VVAA.....	Varios Autores

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS
DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

RESUMEN:

**ASPECTOS PROBLEMATICOS EN LA REGULACION Y APLICACION
DE LOS DELITOS DE PREVARICACION JUDICIAL**

De los delitos susceptibles de ser cometidos por jueces y magistrados puede que el más paradigmático de todos ellos sea la prevaricación. El CP, en el Título XX del Libro II, enuncia en su Capítulo I varias formas de aparición del delito de prevaricación judicial. El trabajo se ocupa de la modalidad de prevaricación judicial consistente en el dictado de una sentencia o resolución injusta o manifiestamente injusta.

Se divide la exposición en tres partes, que tienen como objetivo tratar las tres cuestiones que tienen mayor trascendencia a la hora de la configuración de delito y que mayor problemática presentan tanto desde un punto de vista teórico como en la aplicación de estos tipos delictivos.

La primera parte se dedica al estudio del elemento típico de la injusticia de la resolución contenido en el art. 446 CP. Se referencian las construcciones doctrinales existentes al respecto en orden a su definición, sintetizables en tres teorías: la subjetiva, que alude a resolver el juez en contra de su conciencia; la objetiva, que defiende como criterio de determinación la contradicción con el derecho objetivo y en casos dudosos, la defendibilidad de la resolución y la teoría intermedia o de los deberes que atiende como criterio determinante al seguimiento o no del método jurídico. Igualmente se refleja la interpretación jurisprudencial, que viene a asumir la teoría objetiva matizada con la intermedia. La crítica a estas teorías pone de manifiesto que son insuficientes a la hora de dotar de contenido al elemento típico de la injusticia, pues adolecen de cierta indefinición que aboca a la ambivalencia

La segunda parte estudia el tipo subjetivo del delito del art. 446, aludiéndose al concepto

de dolo utilizado para explicar este delito en relación con el significado atribuido a la introducción del elemento típico “a sabiendas” así como los criterios de atribución subjetiva del hecho, tanto desde un punto de vista doctrinal como jurisprudencial.

Finalmente, la parte tercera se ocupa del delito consistente en el dictado por imprudencia de una resolución manifiestamente injusta, que es el tipo del art. 447 CP. Se exponen las construcciones doctrinales existentes en torno a la configuración de la imprudencia, se expone la problemática específica en relación con el delito objeto de estudio y se efectúa una propuesta de construcción de imprudencia que pueda dar respuesta a las necesidades inherentes a la figura delictiva de la prevaricación judicial imprudente.

Tras el estudio y análisis crítico se llega a unas conclusiones en relación con las cuestiones tratadas, que sintéticamente expuestas, se pasa a indicar.

La norma de determinación subyacente a cada uno de ambos delitos es distinta. En el delito de prevaricación judicial dolosa la prohibición que determina la tipificación es no atacar a la institución de la justicia mediante la negación de la misma derivada del incumplimiento de los deberes esenciales que competen a todo juez. En el delito de prevaricación judicial imprudente la norma de determinación obliga a no obstaculizar la constitución de la institución mediante un actuar que, sin infringir todos los deberes esenciales del juez, devenga incompatible con aquella.

En el delito de prevaricación judicial dolosa sólo la infracción de los deberes esenciales que competen a cada juez puede dar lugar a una resolución típicamente injusta. Estos deberes vienen constituidos por la garantía subjetiva y la garantía objetiva de la resolución, identificándose la primera con el cumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad y la segunda con dar al caso la solución adecuada. El tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial dolosa se constituye por un dolo concebido como conocimiento del quebranto de la doble garantía de la jurisdicción. En los casos de falta de conocimiento pleno, restringible al quebranto de la garantía objetiva de la jurisdicción, cabría afirmar la posible concurrencia de dolo eventual. Los motivos del autor adquieren relevancia habida cuenta que serán el sustento fáctico para afirmar el quebranto de la garantía subjetiva de la jurisdicción y el conocimiento de la inadecuada resolución que se da al asunto.

En el delito de dictar una resolución manifiestamente injusta por imprudencia grave o ignorancia inexcusable se entiende integrada la segunda expresión típica en la primera. El tipo objetivo de este delito viene constituido por una acción imprudente, compuesta, a su vez, por la infracción del deber objetivo de cuidado que compete al juez en el concreto contexto en que actúa, infracción que determina la creación de un riesgo no permitido, el cual se realiza en el resultado del delito, que es la injusticia manifiesta de la resolución. El contexto en que

se desenvuelve la acción descuidada opera como criterio restrictivo de un exacerbado alcance de la tipicidad, debiéndose restringir a aquellos supuestos en que la inmediatez de los efectos del dictado de la resolución o la irreparabilidad de eventuales efectos indeseables de la misma exigen extremar el cuidado debido, convirtiendo el descuido en típicamente relevante por constituir la creación de un riesgo no permitido.

El carácter manifiesto de la injusticia propio del delito imprudente se concreta en infringir únicamente la garantía objetiva de la jurisdicción precisamente en ese contexto de riesgo en que se desenvuelve la acción consistente en su dictado, sin mayor necesidad de indagación de móviles, intereses o circunstancias ajenos al ejercicio de la jurisdicción, necesarios para constituir la injusticia propia de la prevaricación judicial dolosa.

ABSTRACT:

PROBLEMATIC ASPECTS IN THE REGULATION AND APPLICATION OF CRIMES OF JUDICIAL PREVARICATION

Of crimes susceptible to be committed by judges and magistrates, the most paradigmatic of them all may be that of prevarication. In the first Chapter of Title XX of Book II of the Spanish Criminal Code (hereinafter SCC) various forms of appearance of the crime of judicial prevarication are foreseen. The present research deals with the modality of judicial prevarication consisting in the issuance of an unjust or manifestly unjust sentence or decision.

The exhibition is divided into three parts, which aim to deal with the three issues that have the greatest importance at the time of the configuration of crime and which are the most problematic both from a theoretical point of view and in the application of these types of crime.

The first part is devoted to the study of the typical element of the injustice of the resolution contained in article 446 SCC. Reference is made to the existing doctrinal constructions in relation to their definition, synthesizable in three theories: the subjective one, which alludes to

solving the judge against his conscience; the objective, which defends as a criterion of determination the contradiction with the objective law and in dubious cases, the defensibility of the resolution and the intermediate theory or the duties that it serves as a determining criterion to follow or not the legal method. Equally the jurisprudential interpretation is reflected, which comes to assume the objective theory nuanced with the intermediate one. The criticism of these theories shows that they are insufficient when it comes to providing content to the typical element of injustice, since they suffer from a certain lack of definition that leads to ambivalence

The second part studies the subjective type of the crime foreseen in article 446 SCC, referring to the concept of fraud used to explain this crime in relation to the meaning attributed to the introduction of the typical element “knowingly”, as well as the criteria of subjective attribution of the fact, both from a doctrinal and jurisprudential point of view.

Finally, the third part deals with the crime consisting of the dictation of a manifestly unjust resolution by imprudence, which is the type ruled by article 447 SCC. The doctrinal constructions existing around the configuration of the imprudence are exposed, the specific problematic in relation with the analysed crime is exposed and a proposal of construction of imprudence is made in order to give answer to the inherent needs of the imprudent judicial prevarication.

After the study and critical analysis, conclusions are reached in relation to the issues dealt with, which, synthetically exposed, are now indicated.

The determination rule underlying each of the two offenses is different. In the crime of fraudulent judicial prevarication, the prohibition that determines the classification is not to attack the institution of justice by denying it derived from the breach of the essential duties of any judge. In the crime of reckless judicial prevarication, the norm of determination obliges not to obstruct the constitution of the institution through an action that, without violating all the essential duties of the judge, becomes incompatible with such institution.

In the crime of fraudulent criminal trespass, only the violation of the essential duties of each judge may give rise to a typically unfair resolution. These duties are constituted by the subjective guarantee and the objective guarantee of the resolution, identifying the former with the fulfilment of the duties of independence and impartiality and the second with giving the case the appropriate solution. The mens rea of the crime of fraudulent criminal trespass is constituted by an intent conceived as knowledge of the breach of the double guarantee of jurisdiction. In cases of lack of full knowledge, restricted to the breach of the objective guarantee of the jurisdiction, it would be possible to affirm the possible concurrence of possible fraud. The author’s motives acquire relevance given that they will be the factual sustenance to affirm the breach of the subjective guarantee of the jurisdiction and the knowledge of the inadequate resolution that is given to the matter.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

In the crime of dictating a manifestly unjust resolution due to serious imprudence or inexcusable ignorance, the latter typical expression is understood to be integrated in the former. The objective type of this crime is constituted by an imprudent action, composed, in turn, by the infraction of the objective duty of care that is incumbent upon the judge in the concrete context in which he acts, an infraction that determines the creation of an impermissible risk, which is consumed in the result of the crime: the manifest injustice of the resolution. The context in which the neglected action occurs operates as a restrictive criterion of an exacerbated scope of the actus reus, and must be restricted to those cases in which the immediacy of the effects of the decision or the irreversibility of any undesirable effects of the same, demand an extreme due care, making carelessness typically relevant because it constitutes the creation of an impermissible risk.

The manifest nature of the injustice embedded in the reckless crime is specific to infringe only the objective guarantee of the jurisdiction precisely in this context of risk in which the action is carried out consisting of its dictation, without further need of inquiry of motives, interests or circumstances estrange to the exercise of jurisdiction, that are nevertheless necessary to constitute the injustice peculiar to fraudulent judicial prevarication.

INTRODUCCIÓN

La función judicial es una de las más relevantes potestades de las que corresponden al Estado como medio para asegurar la convivencia pacífica entre los ciudadanos y el adecuado disfrute y ejercicio de sus derechos y libertades.

A diferencia de los funcionarios y autoridades que se integran en el Poder ejecutivo y del Poder legislativo, los jueces y magistrados ejercen en exclusiva, con plenitud y de modo individual la potestad jurisdiccional, que siempre es la misma, independientemente de la clase de órgano y su ubicación dentro de la jerarquía orgánica y territorial en que se estratifica el Poder judicial. Por tanto, cada uno de ellos se halla investido plenamente de lo que se da en llamar la potestad jurisdiccional.

Poniendo en relación la trascendencia de la función encomendada con esa plenitud de desempeño se justifica la exigencia de un estricto régimen de responsabilidades, que se extiende a los ámbitos civil, administrativo y penal. En el ámbito civil se ventila la causación culpable de daños y perjuicios como consecuencia del desarrollo de la función. En el ámbito administrativo se desenvuelve la responsabilidad disciplinaria derivada de la infracción de una serie de deberes orgánicos que corresponden a los jueces y magistrados. Y en el ámbito penal la responsabilidad derivada de la comisión de delitos en el ejercicio de la función.

De los delitos susceptibles de ser cometidos por jueces y magistrados puede que el más paradigmático de todos ellos sea la prevaricación. El CP, en el Título XX del Libro II, enuncia en su Capítulo I varias formas de aparición del delito de prevaricación judicial, como son dictar sentencia o resolución injusta, dictar sentencia o resolución manifiestamente injusta por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, la negativa a juzgar y provocar un retardo malicioso en la Administración de Justicia. Dado que todos estos delitos se ubican bajo la rúbrica “De

la prevaricación” todas las conductas en ellos descritas pueden estimarse prevaricadoras. Sin embargo emergen con especial intensidad los consistentes en dictar sentencia o resolución injusta o manifiestamente injusta, según se trate del delito doloso o el imprudente, respectivamente. Se trata de las conductas más graves pues, desde un punto de vista meramente punitivo, son aquellas a las que el legislador atribuye penas de mayor gravedad. Pero, más allá de esta razón, lo cierto es que dictar una resolución viene a constituir la esencial función que desarrollan los jueces y magistrados y donde se despliega con mayor relevancia la potestad de que son investidos, lo que no se da en la negativa a juzgar, pues no se ejerce aquella, ni en el retraso malicioso, que meramente dilata indebidamente su ejercicio.

Nos ocuparemos en este trabajo de esta modalidad de prevaricación judicial consistente en el dictado de una sentencia o resolución injusta o manifiestamente injusta.

En el estudio de los delitos tipificados en la Parte especial del CP se suele proceder a un tratamiento integral del delito, analizando separada y analíticamente todas las categorías que conforman la estructura típica, comenzado por la definición del bien jurídico protegido, siguiendo por la determinación de la autoría, conducta típica, formas de participación, formas imperfectas de ejecución, problemas concursales, penalidad del delito y otros aspectos que agotan, o eso al menos, se pretende, la figura en cuestión.

Sin embargo, al elaborar este trabajo he pretendido referirme exclusivamente a los problemas esenciales que, a mi juicio, plantean la prevaricación judicial dolosa y la imprudente, no estimando de interés proceder a un estudio integral de cada uno de ambos delitos. La tarea, en todo caso, resulta parcialmente infructuosa, pues aun centrando el estudio en tales aspectos problemáticos, se exigen, colateralmente, alusiones, tomas de partido y delimitaciones que al fin y a la postre no han permitido la restricción temática inicialmente perseguida. Con todo, en lo esencial, se ha respetado la idea inicial.

El primer aspecto controvertido, sumamente problemático y esencial a la hora de tratar el delito es sin duda la “injusticia de la resolución”. En una primera aproximación puede pensarse que el término es sumamente elocuente. No puede negarse que así sea. Pero sucede con el mismo que cualquiera puede percatarse de su sentido mas no definirlo. Se trata aquí de, más que dar una definición de injusticia, desentrañar el contenido de la expresión, adecuadamente ubicado en el contexto típico en que se inserta y de conformidad con lo que se defina como objeto de protección del delito.

Sin ánimo de adelantar ya lo que va a ser objeto de análisis en la primera parte del estudio, se ha de señalar que es el aspecto que más discusión doctrinal ha generado, hasta el punto de elaborarse diversas teorías en orden a su definición, algunas de ellas con cierto solapamiento en postulados aparentemente distintos. Y no es de extrañar estas divergencias doctrinales, pues la injusticia es realmente el nervio de este delito, de lo que depende casi en su integridad la confi-

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

guración del tipo objetivo y por necesidad, en ocasiones, de suplir las carencias de su definición, el tipo subjetivo.

La segunda parte del estudio se dedica al estudio del tipo subjetivo, lo que exigirá tomar partido tanto por el concepto de dolo a manejar como por la forma de atribución del mismo, delimitando la virtualidad de la expresión típica “a sabiendas”.

Y la tercera parte se orientará al tratamiento del delito de prevaricación judicial imprudente. El delito imprudente plantea habitualmente notables dificultades dogmáticas, que en relación con este delito afloran intensamente, sobre todo a la hora de delimitarlo respecto del tipo doloso en cuanto a si comparten un tipo objetivo único o si, por el contrario, se trata de tipos delictivos distintos, así como en lo que se refiere a la definición de la acción imprudente y los elementos que la integran. Nuevamente surgirá también la necesidad de definir lo que ha de entenderse por resolución “manifiestamente injusta”.

No es inusual que en los diferentes estudios acerca del delito de prevaricación judicial, bien en monografías, bien en referencias al delito en obras generales de Parte especial, sea lugar común afirmar el escaso número de sentencias condenatorias por este delito. Pues bien, puede decirse que a partir de mediados de los años noventa de la pasada centuria y los casi veinte que llevamos de la presente se ha elevado exponencialmente el número de sentencias condenatorias, en comparación con la época anterior a dicho período. Ello permite que a la hora de abordar el tratamiento jurisprudencial del delito no sea preciso, como se advierte en la mayor parte de las obras, tratar los pronunciamientos jurisprudenciales de modo individualizado, en función del caso tratado en cada sentencia, que, por lo general, no es la forma usual de afrontar el estudio de la jurisprudencia en nuestro ámbito jurídico. Por el contrario, es posible identificar criterios o líneas de interpretación abstracción hecha del caso concretamente tratado, que es lo relevante a la hora de decantar los criterios que se han de estimar asentados.

De todo lo expuesto cabe deducir que no se pretende con el presente trabajo ofrecer una visión integral de los delitos objeto de estudio sino contribuir, en la medida de lo posible y siguiendo la línea iniciado por otros autores que con indudable autoridad y conocimiento han tratado la cuestión, a facilitar una mejor definición de los elementos típicos esenciales de los delitos estudiados de prevaricación judicial.

PARTE I

**LA INJUSTICIA DE LA RESOLUCIÓN EN EL DELITO DE
PREVARICACIÓN JUDICIAL DOLOSA**

CAPÍTULO I

INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO “INJUSTA” POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA. ESTADO DE LA CUESTIÓN

1. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DE LA “RESOLUCIÓN INJUSTA”. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR EN TORNO A LA VERDAD JURÍDICA

Las monografías existentes sobre el delito de prevaricación judicial parten, a la hora de abordar el significado del término “injusta”, de la existencia de dos grandes teorías al respecto, la subjetiva y la objetiva, así como de variantes o complemento de las mismas a través de las denominadas teoría intermedia y teoría mixta. No se trata de una creación ex profeso para este delito por parte de los teóricos que se han ocupado de esta materia. Se puede decir que es una proyección de las tesis sobre la prevaricación administrativa y ya dentro de ésta, no son autóctonas las construcciones doctrinales a ella referidas.

Se quejaba OCTAVIO DE TOLEDO¹, refiriéndose al estado de la cuestión en relación con la prevaricación administrativa, de la penuria de materiales que el derecho español ofrecía, a finales de los años setenta del pasado siglo, a través de su doctrina y jurisprudencia. El problema quedaba, a su juicio, irresuelto en la doctrina española, pues ningún autor aportaba una plausible respuesta al mismo. Ello le llevó a estudiar lo que, para casos similares, se manifestaba en los Derechos extranjeros, concretamente, el alemán y el italiano. Acudiendo a las soluciones planteadas en el Derecho alemán, señala que las teorías objetiva, subjetiva e intermedia y mixta, que se construyen desde la doctrina alemana en relación con la interpretación del torcimiento del Derecho del parágrafo 336 StGB², pueden reproducirse y analizarse en relación con la reso-

¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1979, Introducción, pág. 38.

² Hemos de tomar en consideración que en el CP germano no existe una diferenciación entre prevaricación judicial y administrativa, existiendo un único tipo delictivo que abarcaría ambas. Así, el § 336 StGB, dice: “El juez u otro funcionario o árbitro que en la dirección o resolución de una causa judicial viole culpablemente ley, a favor o en perjuicio de una parte”.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

lución prevaricadora del CP español³. Por tanto, lo que hace OCTAVIO DE TOLEDO es trasladar el corpus doctrinal existente en Alemania respecto de la interpretación de la *Rechtsbeugung* (torcimiento del Derecho) al análisis del término español “injusta” en relación con la prevaricación administrativa. Y no exclusivamente por virtud, como él mismo reconoce, sino por necesidad.

No se quedaría aquí la aportación de OCTAVIO DE TOLEDO y la utilidad de su trabajo. Como quiera que en el ámbito de la prevaricación judicial el panorama no era distinto del descrito para la administrativa, los autores que comenzaron a tratar la cuestión encontraron gran utilidad al estudio del citado autor, llegando a la conclusión de que, habida cuenta que la injusticia de la resolución era común en la tipificación de ambos géneros de prevaricación⁴, no había obstáculo para trasladar el estudio y las conclusiones de OCTAVIO DE TOLEDO a la prevaricación judicial. Tras la promulgación del CP de 1995⁵, pese a sustituirse en la prevaricación administrativa el término “injusta” por “arbitraria”⁶, se ha podido seguir asumiendo el estudio citado, pues se conservó el término “injusta” para la prevaricación judicial.

De manera que, unas teorías pensadas para la regulación de la *Rechtsbeugung* (torcimiento del Derecho) en Alemania y trasladadas a España para el tratamiento de la prevaricación administrativa, han servido de base para el estudio de la cuestión relativa a la injusticia de la resolución en el delito de prevaricación judicial. No quiero con ello decir que se ignoren las publicaciones que, con mayor o menor extensión y pretensiones, se refirieron anteriormente a la prevaricación judicial⁷, pero no puede menos que afirmarse que, en la consolidación del estudio de la cuestión a través de las tres corrientes citadas (subjetiva, objetiva y derivadas), la recepción que de las mismas se hizo por OCTAVIO DE TOLEDO y su asunción como enfoque metodológico es indudable.

³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Op. cit.* pág. 337-340.

⁴ *Vid.* art. 358 (“El funcionario público que, a sabiendas dictare resolución injusta en asunto administrativo”) y arts. 351 a 356 (dictar el juez sentencia o auto injusto) del ACP.

⁵ Indica AROSTEGUI MORENO que “las razones que justifican la tipificación independiente son que: a) que Jueces y magistrados se encuentran investidos de potestad jurisdiccional, de la que carecen los funcionarios públicos; b) que tiene el monopolio de la jurisdicción; c) constituyen un poder independiente cuyas resoluciones son vinculantes y definitivas; d) no tienen un poder omnímodo, pues su límite se lo marca la ley”. AROSTEGUI MORENO, J. “La prevaricación judicial. Aproximación a los tipos objetivo y subjetivo. El sujeto activo del delito” en *Estudios sobre corrupción*, FABIÁN CAPARRÓS E. A. y PÉREZ CEPEDA A. I., Ratio Legis Salamanca 2010, pág. 208.

⁶ Cfr. art. 404 CP.

⁷ Vgr., VIADA Y VILASECA, S., *El CP reformado de 1870*, Tomo II, 4ª ed. Madrid, 1890, pág. 533 y 539; RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A. JASO Y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal II Parte Especial*, Madrid, 1949; PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal III*, Madrid, 1955, pág. 308; FERRER SAMA, A., *Comentarios al CP IV*, Madrid 1955, pág. 65-66; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al CP*, 2ª ed. puesta al día por GIMBERNAT, Madrid 1966, pág. 65; BELLO LANDROVE, F., “Los elementos de injusticia y manifiesta injusticia en el delito de prevaricación del CP español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1977, pág. 252; CUELLO CONTRERAS, J. A., “Jurisprudencia y prevaricación”, *La ley*, 1993-1, pág. 1041 y ss. Todos ellos vienen a asumir posturas que pudiéramos denominar objetivistas, si bien para VIADA el elemento “a sabiendas” es constitutivo del tipo objetivo.

En el sentido expuesto, señala GARCÍA ARÁN⁸ que, analizando el término aisladamente, es perfectamente posible establecer tal paralelismo con la doctrina alemana, sin perjuicio de que la presencia de los elementos típicos “a sabiendas” y “con negligencia o ignorancia inexcusable” proporciona una diferenciación típica de lo objetivo y lo subjetivo ausente en Alemania. En parecido sentido se pronuncia RAMOS TAPIA⁹. FERRER BARQUERO¹⁰, al tratar las teorías delimitadoras de la injusticia acude, igualmente, a las fuentes germanas y asume la clasificación.

Se impone, pues, hacer, *ab initio*, una obligada referencia a las teorías consolidadas sobre la injusticia de la resolución en el delito de prevaricación judicial, ante todo para observar los problemas que plantean y las interrelaciones entre las mismas.

Decíamos que el punto de partida para las modernas monografías sobre la prevaricación judicial es el tratamiento de la cuestión en Alemania.

Señala a estos efectos RAMOS TAPIA¹¹ que, “a partir de la formulación por RUDOLPHI en 1970 de la llamada “teoría de la contrariedad al deber”(Plichtwidrigkeitstheorie) en su trabajo sobre la esencia de la prevaricación, la distinción de tres teorías diferentes en la interpretación del término *Beugung des Rechts* (torcimiento del Derecho) es unánime en Alemania”¹².

Añade la citada autora que según que el juez contravenga su convicción jurídica, lo dispuesto material u objetivamente por el Derecho o sus deberes en la interpretación y aplicación del Derecho se hablará de teoría subjetiva, objetiva o teoría de los deberes. Indica, así mismo, RAMOS TAPIA, que “en la doctrina española no suele hacerse una distinción tan clara, limitándose la mayoría de los autores a dar una definición de resolución injusta” y que “se trata de responder a la cuestión de cuándo es injusta la resolución, no cuando es injusta la conducta del juez (que se medirá por los criterios generales de concurrencia del tipo subjetivo y de la antijuridicidad)”. Pone la atención RAMOS TAPIA, igualmente, en que “la coincidencia de los elementos típicos de la prevaricación con los utilizados para definir el ilícito penal (resolución injusta/conducta injusta o resolución contraria a Derecho/conducta contraria a Derecho) no debe llevar a introducir el tipo subjetivo en el objetivo o a tratar como un error de prohibición lo que es un error sobre el tipo”¹³.

Partiendo del anterior esquema, en que vemos, ya desde un principio, la existencia de dos

⁸ GARCÍA ARÁN M., *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 109.

⁹ RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

¹⁰ FERRER BARQUERO R., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 98 a 108.

¹¹ RAMOS TAPIA, M. I., *op. cit.*, pág. 275 y nota 641. En esta última, cita a tal efecto a LACKNER, OTTO, WESSELS y SCHOLDERER. Añade RAMOS TAPIA que en la doctrina española no suele hacerse una distinción tan clara limitándose la mayoría de los autores a dar una definición de resolución injusta.

¹² El título en alemán de la obra de RUDOLPHI, *Zum Wesen der Rechtsbeugung*, ZstW (1970), pág. 627 y ss.

¹³ RAMOS TAPIA, M. I., *op. cit.* nota 642.

grandes teorías, que se denominan objetiva una y subjetiva otra, se puede avanzar que el tratamiento de la cuestión de la prevaricación judicial parte de una dicotomía y correlativa pulsión entre lo objetivo y lo subjetivo a la hora de buscar la verdad jurídica, que es como se suele denominar a la solución correcta o justa a un caso concreto.

Es útil recordar, en este punto y antes de ocuparnos de cada una de las teorías ya enunciadas, las palabras de SILVA MELERO¹⁴ en relación con la verdad jurídica, cuando afirmaba –en términos generales- que “el diálogo en la doctrina se polariza en torno a un concepto fluctuante entre lo objetivo y lo subjetivo, siendo este último el que prevalece, pues hay que contar con la proyección del mundo externo en la intimidad de quien juzga, con la inevitable deformación que unas veces es debida a los sentidos, otras a la distinta formación cultural e incluso condicionada por peculiares temperamentos. Se ha hablado de múltiples clases de verdad que nos llevan a la conclusión de tener que conformarnos con una verdad subjetiva, la llamada convicción, certeza personal, que desborda los límites de la simple verosimilitud o apariencia de verdad”.

Resulta útil esta reflexión en la medida en que advierte, con grandes dosis de realismo, de la necesidad de “lo subjetivo”. Y no son muy habituales este tipo de reflexiones, pues en todo lo relacionado con la búsqueda de la decisión correcta, justa o adecuada, se tiende a establecer una barrera de protección frente al subjetivismo de quien la determina, un blindaje frente a lo subjetivo. La razón puede ser que tienda a asociarse lo subjetivo con lo arbitrario. Y no tiene por qué ser así. Una decisión arbitraria desde luego que proviene del puro subjetivismo de su autor, que convierte en decisión jurídica lo que no es más que su propia voluntad, maquillada con la técnica jurídica, que, a tales efectos, puede llegar a ser muy agradecida.

Pero existen decisiones jurídicas a las que sólo puede llegarse a través de la subjetividad y no por ello son arbitrarias. Un ejemplo es el ejercicio de potestades discrecionales regladas. Es decir, aquellos casos en que la norma deja un amplio margen de libertad pero siempre respetando ciertos parámetros que actúan, bien como presupuesto, bien como límite de la decisión.

Suele ponerse como ejemplo en estos casos la adopción de la prisión provisional regulada en los artículos 502 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹⁵. Acudamos a una institución distinta, como puede ser la suspensión de la ejecución de la pena regulada en los artículos 80 y siguientes del CP. Es evidente que el legislador ha querido que el juzgador tenga, por así decirlo, un amplio margen de maniobra a la hora de conceder o denegar dicha suspensión. Pese a ello, estableció límites. Así por ejemplo, en lo que se denomina la suspensión extraordinaria actualmente regulada en el artículo 80.3 CP, se ha establecido que, no obstante contar el penado con antecedentes penales, pueda otorgarse la suspensión cuando se den ciertas

¹⁴ SILVA MELERO, V., “La verdad y el error en la decisión judicial”, separata de la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1962, pág. 5-6.

¹⁵ Cfr., a título de ejemplo, GARCÍA ARÁN, *op. cit.* pág. 119 y 120.

circunstancias que el propio precepto enumera y no se trate de un reo habitual conforme a la definición del artículo 94 del mismo Código. Puede darse el caso de que un penado cuente con varias condenas y que, por circunstancias puramente procesales de la fecha de dictado de las mismas y de cumplimiento de las penas de ella derivadas, a fecha de pronunciarse el tribunal sobre la suspensión de la pena de prisión de una de ellas se encuentren ya cumplidas las anteriores condenas, no obstante lo cual los correspondientes antecedentes penales siguen vigentes por no haber transcurrido el plazo para su cancelación.

Imaginemos un penado que se encuentra en trance de que se resuelva sobre la suspensión de la ejecución de una pena de prisión impuesta por delito del art. 384.3 CP, a fecha de cuya comisión no era delincuente primario que cuenta como antecedente penal vigente (mas con la pena cumplida) con una condena por delito contra la seguridad vial en la modalidad de conducir sin permiso o licencia que lo autorice, conducta integrante del delito del artículo 384.2 del CP. La que se ejecuta es la segunda condena y se le impone pena de prisión de ocho meses, siendo la anteriormente impuesta de multa o trabajos en beneficio de la comunidad. A la hora de solicitar la suspensión de su ejecución la defensa argumenta que los dos delitos se cometieron en el corto período de tiempo de tres meses. Y la pena correspondiente al segundo delito se ejecuta pasados tres años de la comisión del último de los hechos. A tal efecto, alega la defensa que en esos tres meses el penado paso por una época de depresión derivada de su ruptura matrimonial en la que comenzó a beber alcohol en demasía, a descuidarse y a llevar, en suma, lo que se suele dominar mala vida. Todo ello le hizo incurrir en varios delitos sucesivos de conducir sin carnet pues ya se le había privado del mismo por perder todos los puntos, no obstante lo cual conducía. No se la aprecia en la sentencia ninguna circunstancia atenuante por tal motivo. Pero, en último término, alega la defensa que la primera condena - cuyas penas ya ha cumplido -le sirvieron de acicate para dejar de delinquir, pues no ha vuelto a cometer ningún otro delito, como evidencia su hoja histórico-penal.

Imaginemos, igualmente, que el tribunal que resuelve sobre la suspensión, a la hora de decidir, pondera, efectivamente, el hecho notorio de que ambos delitos se cometieron en muy corto plazo de tiempo y que, por razones propias el funcionamiento de la Administración de Justicia, el primero se juzgó en fecha muy próxima a la comisión y el segundo, en el que ya se le impuso pena de prisión, se juzgó dos años después, que unidos al periodo la adquisición de firmeza y al inicio de la ejecutoria, determinó que hiciera tres años desde su comisión cuando se ha de hacer el pronunciamiento sobre la suspensión.

En este estado de cosas, el tribunal considera que la prevención especial derivada de la ejecución de la pena anterior ha surtido su efecto porque el penado, desde el último delito, no volvió a delinquir y podría considerarse contrario a su reinserción, principio inspirador de la ejecución de toda pena privativa de libertad conforme al artículo 25 de la Constitución, ejecutar

la pena de prisión pendiente.

Pues bien, en este supuesto descrito se podía adoptar la decisión contraria, porque también podría argumentarse que el sistema jurídico no puede permitir que a quien comete dos delitos de la misma naturaleza, se le conceda lo que no deja de ser un beneficio¹⁶, por cuanto el ingreso en prisión es la respuesta punitiva más grave y la que ha de surtir un efecto disuasorio más notorio.

Ambas decisiones podrían ser plausibles en función del criterio de quien las valore y ambas contemplan los parámetros que, para decidir sobre la suspensión, están presentes en el artículo 80 del CP, en este caso, en su apartado tercero, sin prescindir de la peligrosidad criminal a que se refiere el apartado primero.

Y ambas decisiones están dotadas de grandes dosis de subjetividad en orden a la interpretación de la peligrosidad criminal del penado y su necesidad de pena.

En la primera decisión, la subjetividad del tribunal se observa en dar primacía a la situación particular del penado y al efecto que la pena primeramente recaída ha producido en él. En la segunda decisión, predomina la finalidad, pudiera decirse, de prevención general y de la propia prevención especial considerando que el cumplimiento de la pena anterior no privativa de libertad no neutraliza la peligrosidad criminal del penado, lo que hace necesario el ingreso en prisión. La primera decisión es más sensible con las circunstancias personales del penado. Y la segunda con las exigencias de protección de la sociedad a través de los tipos penales que protegen determinados bienes jurídicos.

Vemos como en el CP el artículo 80 no puede llegar a fijar cuál sea la decisión correcta y definitiva. Lo ha de hacer el juez o tribunal. Y en ese punto es donde rige la subjetividad en la aplicación de la norma, a lo que habilita el propio CP. De hecho, ambos tribunales (el que decide en un sentido y el que decide en otro) seguramente tuvieron presentes las dos posibles decisiones y los argumentos favorables y contrarios a cada una. Pero se llega a un punto donde no cabe más remedio que ser subjetivo.

Pero es un subjetivismo bien entendido, lo que evidencia que no siempre el subjetivismo es nocivo y algo a proscribir, sino sencillamente y como afirmaba SILVIA MELERO¹⁷, necesario.

Esta dialéctica entre lo objetivo y lo subjetivo a la que me refería a la hora de hablar de la “verdad jurídica” se traslada de modo insoslayable al juicio sobre esa verdad, que es el que se hace cuando de determinar si una decisión judicial es o no prevaricadora se trata. Precisamente, la forma de abordar el estudio de la prevaricación judicial es diferenciar las teorías

¹⁶ En el sentido de no cumplir la pena de prisión impuesta. Pues la suspensión, es una forma sustitutiva de ejecución. Es decir, en puridad, no es que el delito quede impune, sino que se ejecuta la pena de forma diversa a la inicialmente prevista.

¹⁷ Cfr. nota 14.

formuladas en función del predominio de una u otra magnitud.

1.1. Teorías clásicas sobre el concepto de la injusticia de la resolución

1.1.1. Teoría subjetiva

Expone OCTAVIO DE TOLEDO¹⁸ que para esta teoría existe injusticia cuando el que dicta la resolución lo hace de manera distinta a como, según su convicción, debería hacerlo. No puede desconocerse, afirma, la conexión de la doctrina subjetiva del torcimiento del Derecho con la perspectiva procesal de la búsqueda de la “verdad” por el juez. Dentro de las tesis subjetivas, si se atiende exclusivamente a la convicción del juez *stricto sensu*, sin tener en cuenta la resolución dictada, la cuestión se limitaría a indagar si el juez resolvió conforme le dictaba su conciencia, siendo prevaricadora toda decisión que no respondiera a ese convencimiento. Ello supone que lo que se pena es no resolver conforme le dicta su conciencia (jurídica, se ha de suponer). Porque, aun cuando efectuara una incorrecta interpretación, subsunción o ejercicio del arbitrio concedido, tal posibilidad es asumida por el ordenamiento. Lo que éste no acepta es que el juez, creyendo correcta o adecuada una decisión, adopte una distinta. Por tanto, en este caso persistiría la injusticia aun cuando la decisión fuera correcta. Para responder a la pregunta habría de determinarse lo correcto en el caso concreto. Pues si es correcto, objetivamente, es indiferente cómo se haya llegado a ese resultado, no siendo merecedora la conducta de sanción penal, porque lo que interesa es que el funcionario aplique el Derecho de forma correcta. Esto supone una aceptación tácita de postulados objetivistas. Pero como con ello surge el problema de determinar cuál es el resultado correcto en el caso concreto y su respuesta suele ofrecer bastante dificultad, se concluye desde esta perspectiva, que el juez o funcionario está obligado a aplicar el Derecho conforme a su convicción, con lo que el punto de vista subjetivo debe ser decisivo.

Y aquí surge el problema esencial que se achaca a la teoría subjetiva. Básicamente, qué ocurre si la decisión, contraria a su convicción, es la correcta objetivamente. Pese a todo y *prima facie*, es difícil imaginar que un “torcimiento del Derecho” (que, no lo olvidemos, es el objeto de estudio para los precursores alemanes de esta teoría) dé lugar a una decisión correcta¹⁹. Se acude para ejemplificar tal posibilidad a la no aplicación de leyes injustas, trayéndose a colación la legislación nacionalsocialista y su aplicación por los jueces alemanes. Se trataría en estos casos de que el juez que no aplicara leyes injustas por repugnar a su conciencia no prevaricaría y a la inversa, el juez que en dicha época hubiera aplicado esas leyes podría ser

¹⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *op. cit.* pág. 342.

¹⁹ Se referencia esta situación por GARCÍA ARÁN M., *op. cit.* pág. 106 y 107 .

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

juzgado por prevaricación (si la ley, en efecto repugnara a su conciencia y pese a ello la hubiera aplicado, entiendo).

Sin embargo, creo que argumentar estos problemas acudiendo a tal supuesto es erróneo, pues en estos casos más bien hay que acudir al tradicional “*ius resistendae*” frente al tirano o la inaplicación de leyes injustas. Y no puede analizarse desde la perspectiva actual pues podemos pecar de anacronismo. Como tampoco puede perderse de vista la sucesión de ordenamientos jurídicos que tiene lugar en momentos de crisis estatal grave o destrucción de un Estado para su sucesión por otro (mejor o peor que el anterior). Es decir, en la Alemania nazi, el juez que condenara al judío aplicando una ley racial (vgr., de protección de la sangre), aun en contra de su conciencia, nunca prevaricaría. Por el contrario, prevaricaría quien inaplicó tal ley sabiendo, conforme a su conciencia jurídica, que lo procedente, por ejemplo, era la pena de muerte, pese a lo cual dictó sentencia absolutoria o impuso pena distinta. Lo que, a la postre, viene a confundirse con la contravención del derecho objetivo.

Desde una perspectiva más amplia y en contextos distintos de la aplicación del Derecho, la legitimidad para, en definitiva, desobedecer leyes injustas, se ha conocido tradicionalmente como “derecho de resistencia” frente al tirano. En la Escuela Española del Derecho Natural, por ejemplo, teorizó sobre el particular BARTOLOMÉ DE LAS CASAS²⁰.

Figura parcialmente distinta a la no aplicación, en contra de la conciencia, de leyes injustas (pues no se refiere a la ley en sí, sino a su resultado en un caso concreto) es lo que se denomina *iusta prevaricatio*, consistente en estimar justo inaplicar una ley que puede llevar a resultados injustos, lo que plantea, en palabras de FERRER BARQUERO, discernir si el concepto de justicia es más amplio que el de legalidad. Este autor se muestra contrario a su admisión estimando que no se trata de ubicarse fuera de la ley sino de interpretar la misma conforme al sistema de fuentes, entre las que se incluyen los principios generales del Derecho (1.1 CC) y los criterios jurisprudenciales²¹.

El problema que se plantea es, en mi opinión, de difícil respuesta, pues remite en último término al interrogante de hasta dónde llegan las facultades del intérprete, en este caso, el juez, a la hora de determinar el sentido de ley, por expresarlo en términos lo suficientemente amplios. Es decir, mas que plantearse si es lícita la *iusta prevaricatio*, lo que en nuestro ordenamiento es inviable, al menos desde el ámbito de la tipicidad del delito que estudiamos, habida cuenta de la configuración que del Poder Judicial se hace en el art. 117 CE, lo relevante es hasta qué punto es admisible determinada interpretación de una norma. A tal efecto, es evidente que se habrá de ser más cauteloso cuanto más se aleje la decisión (es decir, la opción interpretativa elegida) de la literalidad del precepto y se realicen interpretaciones, por ejemplo, de carácter teleológico.

²⁰ Cfr. PÉREZ LUÑO, E., *La polémica del Nuevo Mundo*, Trotta, Madrid, 1992, pág. 175 y 176.

²¹ Cfr. FERRER BARQUERO, R., *op. cit.* pág. 108 a 114.

No puede soslayarse, en todo caso que nuestro ordenamiento da pie (en cuanto a su legitimidad al menos, no en cuanto a su corrección última) a interpretaciones de este tipo desde el momento en que se incluyen cláusulas generales al máximo rango normativo, como la contenida en el art. 53.3 CE (relativa al carácter informador de la práctica judicial los principios rectores de la política social y económica). Y desde un punto de vista de metodológico se fomentan desde ciertas orientaciones, como el “uso alternativo del Derecho” interpretaciones que atribuyen a la función judicial un carácter promotor de ciertos intereses, en términos muy alejados de la clásica consideración del juez como “*la bouche de la loi*”.

Para superar las antinomias a que conduce la teoría subjetiva y que pueden ir contra el sentido común, se opta mayoritariamente por la teoría objetiva²². Se ha de partir de que, como indica PEDREIRA GONZÁLEZ²³, en la descripción de la conducta típica no hay ningún elemento que autorice a señalar que no es necesario tener en cuenta el contenido de la resolución dictada. Muy al contrario, indica, que el CP español, siguiendo nuestra tradición histórica, configura la tipificación delictiva atendiendo al contenido de la resolución dictada. A juicio de SÁNCHEZ-VERA²⁴, los apartados 2º y 3º del artículo 4 del CP vigente refuerzan esta conclusión, pues en todo caso prevalece la solución legal sobre la particular convicción del juez.

En parecidos términos se pronuncia GARCÍA ARÁN²⁵ sostiene que la tesis subjetiva no es de recibo tanto por la configuración típica del delito en el derecho español como por su relación con el concepto de bien jurídico defendido por ella (desviación del correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional) así como por limitar el delito a la comisión dolosa. El Derecho, entonces, “sería un especie de magma indescifrable ante el que los jueces no deben sino seguir sus propios impulsos anímicos para hacer justicia”.

Reconoce RAMOS TAPIA²⁶ que la teoría subjetiva tiene un punto de partida cierto, cual es la dificultad de determinar cuál sea la decisión objetivamente correcta, pero olvida que el juez, en la formación de su decisión, no es libre, sino que en el ejercicio de la función está obligado a emplear unos medios y métodos (*lex artis*), dándole un carácter cercano a lo sacerdotal. Por otra parte, la tipificación de la imprudencia obliga a situar la injusticia fuera de la convicción

²² Se lleva a cabo una exhaustiva exposición de la teoría, en RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pág. 276 a 286. Igualmente, la exponen GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial...*, cit. pág. 106 a 108; FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial...*, cit., pág. 98 a 101; Todos ellos son contrarios a la asunción de la misma para la interpretación del delito de prevaricación judicial.

²³ PEDREIRA GONZÁLEZ F., *Problemas Fundamentales del delito de prevaricación judicial, doctrina y jurisprudencia*, Ramón Areces, Madrid, 2007, pág. 103 a 108.

²⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Tipo objetivo, prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-1999 (Sala 2ª), en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año IX, nº 415, Madrid, 1999, pág. 2.

²⁵ GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.* pág. 108 a 111.

²⁶ RAMOS TAPIA, M. I., *op. cit.* pág. 281 a 286.

subjetiva del juez y hacerla radicar en una infracción objetiva del Derecho, que el juez pueda cometer de forma imprudente. Entiende, en suma, que sus pautas metodológicas son contrarias al principio de vinculación del juez al Derecho y no se realizaría el Derecho objetivo emanado del Estado sino la subjetiva conciencia del juez sobre el Derecho y estaríamos en presencia “no de un Estado de Derecho, sino de jueces”.

También rechaza los postulados de la teoría subjetiva FERRER BARQUERO, por su dificultad para averiguar las creencias del juzgador, por conducir en ciertos casos a soluciones inaceptables y por suponer implícitamente una desvinculación del juez a la ley.

1.1.2. Teoría objetiva

La expone RAMOS TAPIA²⁷ explicando que defiende como único parámetro de valoración de la “injusticia” de la resolución la existencia de una contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico. La conciencia jurídica del juez interesa para la determinación del tipo subjetivo. Resolver correctamente aun en contra de su conciencia será, a lo sumo, una tentativa inidónea. Con ello “se consigue una configuración del delito de prevaricación dogmáticamente aceptable, en cuanto aparece clara la distinción entre el tipo objetivo y el subjetivo y, además, coherente con la finalidad del delito, que es prevenir que la función judicial se realice de forma contraria al Derecho objetivo, con independencia de la postura de cada autor sobre el concreto bien jurídico protegido”. Para los casos en que la norma aplicable no tenga un único sentido posible, se excluiría la prevaricación cuando la decisión entre, objetivamente, en el campo de lo defendible, pues la interpretación y aplicación del Derecho al caso concreto pertenece ya al ámbito propio e independiente de la función jurisdiccional, al margen de la posible discusión teórica sobre si la decisión es la correcta. La responsabilidad penal por prevaricación se limitará, según la citada autora, a la aplicación por el juez de normas cuyo sentido sea indubitado (de modo inadmisibles, se entiende) o la aplicación de una norma en sentido indudablemente excluido de las posibles interpretaciones jurídicamente defendibles de la misma.

PEDREIRA GONZÁLEZ alude a que otro de los criterios que, desde perspectivas objetivistas, se ha manejado para determinar la corrección de la resolución con el Derecho objetivo es si la misma, al ser recurrida, ha sido o no confirmada, de manera que la no confirmada integraría el elemento objetivo de la injusticia. En concreto, postularían esta posibilidad FERRER SAMA²⁸ y GARCÍA ARÁN²⁹. PEDREIRA se muestra contrario a esta interpretación ofreciendo varios argumentos. El primero, que puede que sea más correcta la decisión del órgano inferior que la del superior. El segundo, que el hecho de que se confirme la resolución no excluye que la misma

²⁷ RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación... cit.* pág. 286 a 288 y 298.

²⁸ FERRER SAMA, A., *op. cit.* pág. 66.

²⁹ GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.* pág. 121 y 122.

sea muy discutible. Y en tercer lugar, que tal postura podría provocar que los órganos judiciales inferiores, ante el temor de ser perseguidos por prevaricación, asumieran ciegamente los criterios superiores, lo que afectaría a la independencia y generaría inmovilismo en la interpretación³⁰.

En España la mayoría de la doctrina de forma más o menos explícita se inclina también por un criterio únicamente objetivo³¹. Además, la redacción legal favorecería esta postura³².

Para GARCÍA ARÁN, la presencia en el CP español de los elementos típicos “a sabiendas” y “con negligencia o ignorancia inexcusable” proporciona una diferenciación típica de lo objetivo y lo subjetivo ausente en Alemania³³, que disminuye notablemente la relevancia de la cuestión en nuestro país. Nuestra doctrina, a su juicio, o no se ocupa del tema, o se manifiesta indudablemente partidaria de la teoría objetiva³⁴.

En su monografía sobre el delito de prevaricación judicial, la citada autora, sin acoger propiamente los postulados objetivistas, viene a identificar la resolución injusta con aquella que contraviene el ordenamiento. Parte de que el bien jurídico protegido por el delito es el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional como prestación de la actividad de juzgar, que en nuestro sistema se caracteriza por el sometimiento único de jueces y tribunales al imperio de ley. Por ello, indica, “el baremo de medición de la injusticia es, por tanto, la ley. Pero “no entendida de

³⁰ PEDREIRA GONZÁLEZ F., *Problemas Fundamentales... cit.* 110 a 114.

³¹ Cfr. GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.*, pág. 110 y 11; OCTAVIO DE TOLEDO, E., *op. cit.* pág. 353 y 354, BELLO LANDROVE, F., *op. cit.*, pág. 249 y ss.; CUELLO CONTRERAS, E., *op. cit.*, pág. 1041 y ss.; JAÉN VALLEJO M., “La ilicitud del delito de prevaricación judicial. A propósito de la STS de 15 octubre 1999 y del ATS de 23 julio 2002” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2002, n.º. 04-j13, p. j12:1-j12:12; PEDREIRA GONZÁLEZ F.M., “Delitos de prevaricación” en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* n.º 1, septiembre 2011 – febrero 2012, pág. 161-166; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial*, 20ª Ed., Valencia 2015, pág. 806 y 807; LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid 2015, pág. 392; FLORES MENDOZA F. en VVAA, *Derecho Penal Parte Especial*, ROMEO CASABONA C., SOLA RECHE E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A. (coord.), Ed. Comares, Granada 2016, pág. 726 y 727. VVAA, *Manual de Derecho penal*, Tomo II, Parte Especial, SUÁREZ MIRA C. (coord.), Civitas Madrid 2015, pág. 562 y 563; BENLLOCH PETIT, G. en VVAA, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, SILVA SÁNCHEZ J. M. (dir.), y RAGÉS I VALLÈS R. (coord.), Atelier Libros, Barcelona 2015, pág. 388 a 390; MORILLAS CUEVAS L. en VVAA, *Sistema de Derecho Penal, Parte especial*, MORILLAS CUEVAS L. (coord.) Dykinson, Madrid 2015, pág. 1202; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1278 a 1281.

³² PEDREIRA GONZÁLEZ, F. alude a que también la doctrina italiana, en gran parte porque la tipificación del delito en dicho ordenamiento excluye cualquier consideración subjetiva y la mayor parte de la doctrina alemana optan por la tesis objetiva. PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Problemas Fundamentales... cit.*, pág. 109 y 110 y nota 166 y 167, que referencian a los autores respectivos.

³³ Pone de relieve PEDREIRA GONZÁLEZ, que la ausencia de una distinción clara entre lo objetivo y lo subjetivo en la tipificación alemana de la prevaricación judicial da lugar a mayor discusión. Así, tanto el antiguo § 336, como el actual § 339 del CP alemán, se han referido al “Juez, otro titular de un cargo oficial o un árbitro que al dirigir o decidir un asunto jurídico tuerza el Derecho culpablemente a favor o en perjuicio de una parte”.

³⁴ GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.* pág. 109 y ss. Así por ejemplo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *op. cit.*, pág. 353 y 354; BELLO LANDROVE, F., *op. cit.*, pág. 249; CUELLO CONTRERAS, E., *op. cit.*, pág. 1041 y ss.; RAMOS TAPIA, M. I., *op. cit.*, pág. 286 a 288.

un modo formalista y abstracto, sino integrada en el sistema de fuentes y dotada de contenido material mediante el proceso de interpretación”³⁵. No hay decisión injusta, a efectos del delito, si se ha aplicado la legalidad debidamente interpretada. La justicia material debe buscarse, en opinión de GARCÍA ARÁN, en ese proceso interpretativo limitado por las propias fronteras de la ley, “pero sin caer en una concepción monolítica y estática de la justicia, de corte iusnatural”. Por tanto, “no puede hablarse de decisión prevaricadora allí donde se haya adoptado una interpretación justificable teóricamente, lo cual evita que pueda tacharse esta posición de excesivamente formalista por su equiparación entre ilegalidad e injusticia. Y para concretar la justificabilidad teórica de una interpretación habrá que acudir a los métodos admitidos por la ciencia jurídica, que deben respetar, además, la adecuación a la norma constitucional”³⁶. Incluso en los casos de ejercicio de potestades discrecionales, concluye GARCÍA ARÁN que “al juez se le ofrece la posibilidad de elegir entre varias decisiones alternativas, por lo que “la elección de la solución legal no es tarea absolutamente libre, sino que debe llevarse a cabo a partir de la finalidad de la institución en cuya aplicación se le otorgue discrecionalidad”, a fin de que concrete la legalidad que el legislador no ha podido concretar, no para que realice su particular concepto de justicia. De manera que, si adopta la decisión de modo no acorde con la finalidad de la institución, con su dictado contradice la legalidad y ello supone decidir injustamente”³⁷.

A parecidas, conclusiones llegan otros autores.

MUÑOZ CONDE³⁸ señala que el concepto de injusticia es objetivo, independiente de las concepciones particulares. Su determinación supone una valoración que debe realizarse en función del caso concreto y en atención a postulados de justicia material y no puramente formalistas. Y añade que, en cualquier caso, la sentencia o resolución ha de ser manifiestamente injusta. Por tal debe entenderse aquella cuya injusticia es patente para terceros.

LUZÓN CUESTA³⁹ mantiene, igualmente, que la injusticia ha de determinarse con base en criterios objetivos, aludiendo a que la antigua jurisprudencia declaró que ha de tenerse por tal cuando no puede explicarse mediante una interpretación razonable (aludiendo a las SSTs 14 de febrero de 1891 y de 21 de enero de 1911)

FLORES MENDOZA⁴⁰ considera la resolución injusta como una Decisión imposible conforme a Derecho, carente de toda racionalidad jurídica. La determinación ha de realizarse conforme a criterios objetivos, con independencia de la motivación que ha guiado al juez o magistrado al dictar la resolución.

³⁵ GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.* pág. 117.

³⁶ GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.* pág. 117.

³⁷ GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.* pág. 116 a 120.

³⁸ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 2015...*cit.* pág. 806 y 807.

³⁹ LUZÓN CUESTA, J. M., *op. cit.*, pág. 392.

⁴⁰ FLORES MENDOZA F., *op. cit.*, pág. 726 y 727.

Y HAVA GARCÍA⁴¹ expone que la teoría objetiva, más o menos modulada por la teoría de los deberes, aparece como predominante en la jurisprudencia de los últimos años, entendiéndose que la injusticia constituye un plus respecto de la mera ilegalidad y calificando injusta la sentencia o resolución que infringe de forma notoria y ostensible la ley, apartándose su autor de la función que tiene encomendada al quebrantar sus deberes judiciales. Sería resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad.

En suma, como expone TASENDE CALVO⁴², para esta corriente no ofrece duda que la teoría objetiva es la que mejor se acomoda a los principios constitucionales de legalidad (art. 9.3 CE) y de vinculación del Juez a la ley (art. 117.1 CE). Indica que no se puede aceptar que el Juez haga justicia por encima de la ley a la que se encuentra constitucionalmente sometido en el Estado de Derecho (art. 117.1 CE), en abierta oposición a los principios de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE). De este principio de legalidad y de reserva absoluta de ley en el ámbito penal (art. 25.1 de la CE y 1 y 2 del CP), se deriva el de vinculación del Juez a la ley, que proscribire la interpretación extensiva de la punibilidad y la aplicación de la ley por analogía, para colmar supuestas lagunas legales, salvo en favor del reo como es el caso de las atenuantes (art. 21-6.^a CP). En este sentido, el art. 4 del CP prohíbe al juez perseguir o castigar una conducta no penada por la ley, imponiéndole la obligación de exponer al Gobierno las razones que le asisten para creer que debieran ser objeto de sanción penal y al mismo tiempo, le obliga a aplicar la norma penal a una conducta que a su juicio no debería ser punible o serlo con menor sanción, sin perjuicio de exponer al Gobierno lo conveniente al respecto o sobre el indulto.

PEDREIRA GONZÁLEZ⁴³ considera que el “objetivo” es el criterio más adecuado, aun asumiendo que, a veces, podrán existir varias soluciones y no por ello una es justa y las restantes son injustas. Así como que con esta teoría se mantiene el ámbito de aplicación del delito de prevaricación judicial dentro de unos límites razonables, máxime teniendo en cuenta la existencia de un sistema de recursos y de instituciones como la abstención y la recusación, dirigidas a garantizar la imparcialidad de los Jueces y Magistrados.

FERRER BARQUERO⁴⁴ concluye, en relación con esta postura objetiva que tratamos, que la misma subsana alguna de las consecuencias ilógicas a que conducía la subjetiva y concilia mejor con nuestra regulación positiva. De un lado porque la teoría subjetiva se cultiva en

⁴¹ HAVA GARCÍA, E. en VVAA, ÁLVAREZ GARCÍA, FCO. J. (dir.), *Tratado de Derecho Penal español, Parte Especial*, Valencia 2013, pág. 833.

⁴² TASENDE CALVO, J., “Aspectos controvertidos de la prevaricación judicial” en *La responsabilidad personal del juez*, Estudios de Derecho Judicial nº 153, QUINTANA CARRETERO, J. P., CGPJ, Madrid, 2009, pág. 10.

⁴³ PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Problemas Fundamentales... cit* pág. 126.

⁴⁴ FERRER BARQUERO, R., *op. cit.* pág. 102 y 103.

Alemania, donde la infracción de torcimiento del derecho es de naturaleza dolosa, lo que es incompatible con la tipificación aquí de la vertiente imprudente. De otro lado porque lo esencial, atendiendo al objeto de tutela, no es evitar que se agreda la conciencia del juzgador, sino defender la función jurisdiccional y el imperio del derecho. Mas también advierte dicho autor de los problemas inherentes a los postulados objetivistas pues, “si bien son fácilmente aplicables en aquellos supuestos en que la ley sea clara y sólo admita una interpretación, no acontece esto en la práctica forense, pues ni el derecho es una ciencia exacta ni las normas inequívocas”. Por ello esta teoría obliga a excluir del ámbito de la prevaricación todas las resoluciones que se mantengan dentro del ámbito de lo teóricamente defendible, con lo que el tipo queda reducido a la infracción de normas univocas, debiéndose acudir a criterios ulteriores en la determinación de la injusticia no simple coherentes con el punto de partida inicial.

Vemos, pues, que la teoría objetiva, por su propia naturaleza, ha de tener como premisa para su aplicación que aparezca con nitidez cuál sea la solución correcta, aquella que no contraviene el ordenamiento. Ello no sucede, bien cuando las posibilidades interpretativas y de aplicación son diversas, bien cuando la norma otorga al juez mayor margen de decisión en la decantación de la solución adecuada, que suele ocurrir en supuesto de alusión al libre arbitrio judicial (vgr., individualización de la pena) o en el ejercicio de potestades discrecionales.

En estos casos se acude como medio de modulación, por, en definitiva, no aparecer con nitidez cuál es la decisión correcta, al criterio supletorio de la defendibilidad de la decisión. Quizás los seguidores de la teoría objetiva no han profundizado en exceso en la fijación de lo que haya de entenderse por “defendibilidad”. Y es aquí donde, en mi opinión, radica el campo de acción de la siguiente teoría que pasamos a exponer: intentar solucionar aquellos casos en que la determinación de cuál sea la resolución justa o correcta ofrece cierta dificultad, dados los amplios márgenes en que se desenvuelve la adopción de la decisión.

1.1.3. Teoría intermedia o de los deberes: tesis de RUDOLPHI

Es en relación con esta teoría donde puede estimarse que se produce la principal aportación del trabajo de OCTAVIO DE TOLEDO. Entiende que los postulados del citado autor alemán⁴⁵ ayudan a superar los problemas de aplicación de la teoría objetiva respecto de ciertos casos problemáticos y vence, por otra parte, el principal escollo que plantea la teoría subjetiva, que es no tener para nada en cuenta el resultado de la resolución dictada.

A juicio de OCTAVIO DE TOLEDO⁴⁶ la contribución de RUDOLPHI consiste en desarrollar algo apuntado previamente por WACKER: la insuficiencia de la teoría objetiva en sentido estricto

⁴⁵ Expuesto en RUDOLPHI H. J., *Zum Wesen der Rechtsbeugung* en ZStW, 1970, pág. 610 a 632.

⁴⁶ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *op. cit.* pág. 348 a 351.

para determinar la existencia de prevaricaciones en supuestos de “ley múltívoca”, que debe subvenirse a través de los criterios de los estímulos o intereses que movieron al funcionario a actuar de una determinada forma (puede que defendible, dada la multivocidad de la ley en el caso concreto, pero no por ello no susceptible de constituir prevaricación).

Parte RUDOLPHI de que puede seguirse la teoría objetiva cuando la ley ofrece una significación clara y precisa (unívoca), pero resulta problemático mantenerla cuando una ley ofrece múltiples interpretaciones posibles que pueden conducir a resultados diversos. La conclusión de los objetivistas es que, en estos casos, no puede darse prevaricación si la decisión se mantiene dentro de lo defendible. Por el contrario, opina RUDOLPHI que la prevaricación no puede derivar, en estos casos de leyes múltívocas, únicamente del resultado que ofrece la aplicación del Derecho por parte del juez sino, más bien, de la forma y manera en que el juez ha llegado a su decisión, pues puede haber adoptado esa decisión defendible movido por estímulos extraños a los requeridos por su función. A la decisión deberá haberse llegado a través de los métodos y medios de interpretación científico-jurídica de la ley y la prevaricación consistirá en la resolución judicial no alcanzada por tales medios⁴⁷.

En nuestra doctrina, partiendo de este planteamiento, añade RAMOS TAPIA⁴⁸ que el criterio de referencia es el deber del juez de decidir según el debido cercioramiento sobre cuál es el Derecho correcto aplicable al caso, deber que deriva de la propia Constitución (en nuestro caso, art. 117.1 de la Constitución). Se parte de que las normas procesales y los métodos de interpretación jurídica conocidos no sólo son herramientas, sino límites obligados en la búsqueda por el juez del Derecho aplicable al caso; la resolución judicial no alcanzada por tales medios supone la no realización del Derecho. La injusticia no reside, por tanto, ni únicamente en la conciencia del juez sobre el Derecho ni sólo en el resultado de su decisión.

Refiriéndose a la teoría subjetiva, cifra su fallo RUDOLPHI, en los casos de normas unívocas, en no tener en cuenta el resultado de la decisión judicial, sino exclusivamente si la decisión es o no contraria a la convicción del juez. Considera que, precisamente, para la formación de esa convicción debe respetar los medios y métodos de la interpretación científica, con lo que incluso para esta teoría habrá que fijarse en si la convicción se produjo mediante una desviación del deber que compete al juez de observar tales medios.

Para OCTAVIO DE TOLEDO, la principal virtualidad de la tesis de RUDOLPHI es “ofrecer una solución al viejo problema de las posibilidades de prevaricación en supuestos de ley múltívoca o de discrecionalidad, que la mayoría de la doctrina, por seguir la teoría objetiva, había situado

⁴⁷ Cabría la duda, dentro del ámbito de esta teoría, de qué sucede cuando el juez no resuelve conforme a los métodos o pautas de interpretación, pero tampoco movido por intereses ajenos a la función. Volveremos sobre ello más adelante.

⁴⁸ RAMOS TAPIA, M.I., *op. cit.* pág. 319 a 323. Opina la citada autora que “es la teoría que permite una interpretación más coherente de las figuras de prevaricación judicial que prevé nuestro CP”.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

en la defendibilidad de la decisión”. E, igualmente, “que trata la cuestión de la convicción en la teoría subjetiva desde la perspectiva de su ineludible conexión con el deber del juez o funcionario de llegar a través de los medios y métodos científicos jurídicos al conocimiento del Derecho”. Finalmente, que “subraya la gran importancia del deber en la estructura del delito, ubicándolo en el ámbito del injusto en íntima conexión con el bien jurídico pero sin fundirlo o confundirlo con éste”. El bien jurídico protegido sería para RUDOLPHI la función del derecho de crear un ordenamiento adecuado de la vida social, estando el juez obligado a ayudar a que esta función se realice en cada concreta decisión. De ahí que el injusto de prevaricación supone no sólo una lesión para el bien jurídico protegido, sino también del deber específico del juez. Ello supone configurar este delito como un delito de deber, que exige la lesión de un específico deber antepuesto al deber penal de respetar los bienes jurídicos protegidos por este delito.

A partir de la introducción de la teoría intermedia de RUDOLPHI por parte de OCTAVIO DE TOLEDO, la misma ha sido asumida como la teoría más plausible por parte de nuestra doctrina posterior que ha tratado sobre esta materia. Se la suele presentar como correctora de ciertos defectos que presentaba la teoría objetiva. Por tanto, sus defensores parten de postulados objetivistas que les resultan insatisfactorios⁴⁹, insatisfacción que se vence con las modulaciones introducidas por esta teoría intermedia.

PEDREIRA GONZÁLEZ⁵⁰, sin embargo, se muestra abiertamente contrario a la misma señalando que “los que se adscriben a la teoría intermedia parten en su planteamiento de una crítica desproporcionada y ficticia hacia la teoría objetiva, incrementando hasta extremos irreales las verdaderas dificultades que presenta”. Así, en relación con las potestades discrecionales, alude a que “resulta evidente que si un Juez dicta la resolución al margen de las circunstancias legales para su adopción o sin tener en cuenta los fines de la institución de que se trate, dicha resolución

⁴⁹ Cfr. GARCÍA ARÁN, M., que al tomar postura sobre la cuestión y pese a seguir la tesis objetivista, señala que “no puede hablarse de decisión prevaricadora allí donde se haya adoptado una interpretación justificable teóricamente(...)Y para concretar la justificabilidad teórica de una interpretación habrá que acudir a los métodos admitidos por la ciencia jurídica, que deben respetar, además, la adecuación a la norma constitucional” GARCÍA ARÁN, M. *op. cit.* pág. 116-118; FERRER BARQUERO R., que alaba su virtualidad en relación con las leyes multívocas y los supuestos de discrecionalidad (*op. cit.* pág. 118). RAMOS TAPIA M. I., abiertamente: “De los diferentes criterios examinados para valorar el torcimiento del Derecho o la injusticia de la resolución la postura de RUDOLPHI es la que permite una interpretación más coherente de las figuras de prevaricación judicial que prevé nuestro CP” RAMOS TAPIA, M.I., *op. cit.* pág. 319. También pueden considerarse favorables a la teoría intermedia JAÉN VALLEJO, M. en “Arbitrio judicial, individualización de la pena, motivación y principios constitucionales” en la obra colectiva *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995, Tomo I, Parte general*, Centro Superior de Estudios y Ed. Colex, Madrid, 1997, pág. 173 y MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C.: “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios públicos. A propósito de la STS sobre el caso Barreiro” en *ADPCP* 1991, Tomo XLIV, pág. 384. Se apartaría de esta tendencia GÜIDI CLAS, que adopta un concepto de injusticia mixta, que presupone que el juez ha de analizar si el acto es injusto por contrariar la ley-justicia objetiva- y además ha de creer, según su íntima convicción, que la sentencia o resolución que dicta es injusta -injusticia subjetiva, GÜIDI CLAS, E., *La prevaricación judicial en España y en el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 409.

⁵⁰ PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Problemas Fundamentales... cit.* pág. 122 a 126.

no podrá ser considerada como jurídicamente defendible y para ello no es necesario ponderar la conciencia del juez”. En relación con las denominadas normas multívocas, considera que “desde la teoría intermedia se interpreta erróneamente la teoría objetiva como si los métodos jurídicos y las reglas procesales previstas por el ordenamiento para aplicar el Derecho pudieran ser desatendidos y fuera irrelevante la forma de llegar a la solución defendible”. Por el contrario, señala PEDREIRA, “el art. 3 CC es bastante claro a la hora de indicar las normas de interpretación”. Por lo que se refiere a la valoración de la prueba, señala que “las normas que rigen el proceso y la actuación del Juez o Magistrado en el mismo pertenecen al Derecho objetivo así como que sería factible el estudio de las pruebas en las que se ha basado la resolución, y más teniendo en cuenta la existencia de grabaciones y otros medios audiovisuales, sin que haya de indagarse en la conciencia del Juez, como si este nuevo criterio no presentase dificultades aún mayores en la práctica”. Considera PEDREIRA que, en suma, “la teoría intermedia conduce a conclusiones inaceptables. Así, en el supuesto de dos resoluciones idénticas, ambas ajustadas a Derecho, pero dictadas por distintos Jueces, una debería ser considerada justa y otra injusta, dependiendo de la particular convicción del Juez. Sin embargo, resulta claro que si ambas resoluciones son idénticas, también serán idénticamente justas, al margen de la concreta y particular conciencia de los Jueces que las hayan dictado. Con arreglo a este criterio intermedio, por ejemplo, si un Juez, dentro de las posibilidades que le otorga la ley, decide no atender a sus convicciones un tanto trasnochadas y optar por la solución que la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias estiman más correcta y justa, habría que concluir que su resolución es injusta, pues no ha elegido la opción más acorde a su particular convicción.

Sin perjuicio de las objeciones que pasaré a exponer en relación con la teoría intermedia y mi acuerdo parcial con algunas de las afirmaciones del aludido autor, creo que incurre en un error al interpretar la teoría intermedia. No fomenta la misma el subjetivismo del juez sino que, precisamente, intenta evitarlo sometiendo lo que haya de pasar por resolución correcta a las reglas y métodos de la ciencia jurídica, a fin de evitar que resuelva por consideraciones extrañas al asunto. Sobre esta base, no entiendo que la teoría intermedia calificara de injusta, ante un mismo caso, resoluciones idénticas dependiendo de la particular convicción del Juez. Atendería, según, sus postulados, a si la resolución fue construida conforme a la ciencia jurídica y como tal era asumible y posiblemente, considerará correctas (justas) ambas resoluciones, con independencia de la particular convicción del juez. Esto es, si el juez, aun cuando la considerara injusta, la dictó porque se acomodaba a, por ejemplo, la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, tal convicción particular, para la teoría intermedia, es irrelevante. Esta convicción contraria se tomaría en cuenta por los partidarios de las tesis subjetiva, a la que no parece referirse PEDREIRA en el párrafo que comento. No obstante, la reflexión de este autor no es baladí, pues evidencia un problema evidente de esta teoría, cual es determinar cuál era la convicción del juez, problema que comparte con la teoría subjetiva, de la que se consideran muy distanciados.

Para orillar este problema, los seguidores de la teoría intermedia parecen entender, al menos implícitamente, que el seguimiento del método necesariamente va a conducir a una solución justa, de ahí que cuando hablan de la convicción jurídica hay que entender que se refieran a la obtenida mediante una “correcta” aplicación del “método”. Dicho de otra manera, no precisan indagar cuál fue la convicción del juez en el caso concreto porque la dan por sentada *a priori*: la acorde con la solución decantada mediante una correcta aplicación de la técnica jurídica.

1.2. Análisis crítico de las teorías sobre el elemento típico “injusticia” en el delito de prevaricación judicial

Ha de llamarse la atención sobre que OCTAVIO DE TOLEDO hace trasunto de la expresión germana “*Rechtbeugung*” a la española “injusticia”. Esto es, acepta y parte de que torcimiento del derecho puede ser equivalente o, al menos, puede equipararse, a injusticia, con lo que no hay obstáculo para aplicar al estudio de nuestra prevaricación el bagaje doctrinal alemán, esencialmente, la dicotomía teoría objetiva/teoría subjetiva y sus variantes. Pero cabría plantearse: ¿son realmente expresiones equivalentes? Dicho de otra manera, ¿responden ambas legislaciones a una misma idea de prevaricación siendo irrelevante los concretos términos utilizados en la descripción legal o, por el contrario, se establece un mimetismo entre ambas expresiones carente de fundamento sólido? De ocurrir esto último se arrastrarían problemas irresolubles desde el principio, conduciendo a elaborar construcciones que parten de una base errónea. Pues, en esencia, todos los estudios se hacen tomando como punto de partida las construcciones doctrinales sobre la “*Rechtsbeugung*” germana, bien para rebatirlas y optar por una solución distinta o modulada, bien para crear terceras vías por oposición a ellas. Y esto no es irrelevante, pues el estudio de OCTAVIO DE TOLEDO se ha venido a convertir en lugar común para iniciar la mayoría de las exposiciones monográficas sobre la prevaricación judicial, sirviendo su trabajo como punto de referencia. En particular, cuando introduce la tesis de RUDOLPHI, asumida por parte de nuestra doctrina por considerarla el punto de equilibrio entre las inaceptables consecuencias de las teorías subjetivas cuando existe contradicción con el Derecho objetivo y ciertos excesos o carencias a que lleva la estricta aplicación de la teoría objetiva.

La razón de su aceptación puede entenderse justificada en que omite, al menos, aparentemente, devaneos con cualquier tipo de subjetivismo judicial y evita, así mismo, transitar por el escabroso (y puede que insondable) bosque que aparece ante nuestros ojos al plantearnos lo justo y lo injusto, encontrando con alivio la aparentemente accesible senda que lo bordea⁵¹, la cual viene constituida por la resolución conforme o contraria a los deberes del intérprete en orden la búsqueda de lo correcto. Siendo esos métodos el camino para encontrar lo justo (o lo

⁵¹ O como señala CUELLO CONTRERAS, “en realidad da un rodeo para llegar a los mismos resultados que la teoría objetiva, y no resuelve más casos que los que aquella resuelve”, pues parte este autor de que el proceder del juez viene determinado por normas jurídicas; CUELLO CONTRERAS, J.A., *op. cit.* pág. 1040.

correcto), y habida cuenta que se da por supuesto que es preferible, metodológicamente, no adentrarse en lo ignoto, se llega a que si se respetan los métodos la resolución es justa y de lo contrario no lo es. Es decir, se califica lo que es justo sin llegar a describir o definir el concepto. ¿Satisface este procedimiento las exigencias derivadas de la construcción legal de la prevaricación? Y si no la satisface, ¿es la solución más plausible ante lo que constituiría una deficiente técnica legislativa? o, por el contrario, ¿es inadecuada?

Esta sintética exposición del problema puede pecar de ser excesivamente simplificadora, pero la tomo meramente como idea de inicio para abordar la cuestión esencial, cual es el estudio de lo que considero núcleo del tipo penal objeto de estudio: la injusticia de la resolución.

1.2.1. Visión crítica de la teoría subjetiva

La teoría subjetiva encuentra su justificación en la imposibilidad de determinar lo correcto, lo justo, de un modo objetivo. Desiste de proceder a la búsqueda de ello, acudiendo a lo que considera más factible, que es limitarse a determinar si el sujeto actuó en contra de su convencimiento. Sin embargo, este extremo se constituye en un obstáculo casi más imposible de salvar que el que pretende superar. Exigiría indagar qué es lo que el juez se representó como adecuado, correcto o justo, y dar por probado que actuó en contra de tal convencimiento, radicando en este hecho la causa de la injusticia de la resolución. Desde una perspectiva probatoria, no digo que fuera imposible fijar ambos hechos, bien por la vía de construir una prueba indiciaria, bien por contar, en casos muy excepcionales, con prueba directa (vgr., un testigo a quien el juez se lo reconoció). Pero la dificultad que ofrece no es menor que la inherente a las exigencias de la teoría objetiva. Atendiendo a este dato, y partiendo de que los propios subjetivistas proponían su solución como una salida a las dificultades de la teoría objetiva, me atrevería a decir que queda sin sustento su razón de ser.

Por otra parte, la solución que ofrece la teoría subjetiva es incompatible con el funcionamiento del sistema procesal, que, en ocasiones, vincula al juez a posiciones de las partes contrarias a su convicción. Encontramos un ejemplo en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado. El Jurado se ha de pronunciar sobre el objeto del veredicto que les somete el Magistrado-Presidente (art. 52 LOTJ). Puede resultar de la deliberación del Jurado un veredicto de inculpabilidad, debiendo el Magistrado-Presidente dictar, en consecuencia, sentencia absolutoria (art. 67 LOTJ). Mas podría suceder que, en contra del criterio del Jurado, dicho Magistrado, que vio el juicio y tuvo todos los elementos probatorios ante su intermediación, hubiera llegado a la conclusión de que el acusado era culpable, no obstante lo cual, por imperativo de la ley y en contra de su convicción jurídica, debe dictar sentencia absolutoria. Otro supuesto sería aquel en que las acusaciones existentes retiraran, en conclusiones definitivas, la acusación contra el acusado, supuesto en el cual, en virtud del principio acusatorio (tal y como recoge, por ejemplo, el art. 51

LOTJ) habría de dictarse también sentencia absolutoria, pese a que el tribunal hubiera podido alcanzar al convencimiento de que procedía una condena.

En los casos descritos, el juez dicta una sentencia en contra de su conciencia, de su convicción jurídica. Si se siguen los postulados de la teoría subjetiva, en todos ellos la sentencia absolutoria dictada sería injusta y constituiría el tipo objeto del delito de prevaricación. A lo sumo, podría aplicarse como causa de exención de la responsabilidad criminal (pues sería prácticamente imposible negar el dolo) el cumplimiento de un deber.

Estas indeseables consecuencias evidencian la inhabilidad de esta teoría para explicar el concepto de resolución injusta que es objeto de estudio.

1.2.2. Visión crítica de la teoría intermedia

La tesis de RUDOLPHI pretende, precisamente, rechazando abiertamente los postulados de los subjetivistas, superar las dificultades que acompañan a la asunción de la teoría objetiva, las cuales circunscribe, sobre todo, a los casos de leyes multívocas y de ejercicio de potestades discrecionales. Por tanto, parece asumir que si la aplicación incorrecta, errónea o injusta lo es de una ley unívoca, no cabe duda de que concurre torcimiento del Derecho en sentido típico. En relación con tales casos problemáticos (leyes multívocas o ejercicio de potestades discrecionales) sustituye la “defendibilidad” de la decisión, que es el expediente a través del cual los objetivistas solucionan aquellos, por el correcto ejercicio de la función judicial para la resolución de tales casos, que se concreta en el empleo de los medios y métodos de la interpretación jurídica. Como señala OCTAVIO DE TOLEDO⁵², desde esta perspectiva, habrá prevaricación “cuando el juez decida por consideraciones extrañas al asunto, en contra de su convicción jurídica obtenida por la interpretación de dicha ley por los medios y métodos de la ciencia jurídica”.

Llegados a este punto cabe hacer varias consideraciones sobre esta teoría.

1) Si analizamos la razón de ser de la teoría subjetiva y de esta intermedia o de los deberes, no es tal razón otra que la dificultad de fijar objetivamente lo que, en cada caso concreto, sea correcto o no, torcido o no, justo o injusto. La teoría subjetiva lo considera imposible en todo caso y la teoría patrocinada por RUDOLPHI parcialmente imposible, en los casos de leyes multívocas o potestades discrecionales. Este hecho permite afirmar, a mi juicio, que ambas teorías surgen no por oposición a los postulados de la teoría objetiva, sino por su difícil aplicación. De ahí que pueda afirmarse que, si por algún medio, fuera posible establecer objetivamente lo correcto, decaería, por su misma razón de ser, la necesidad de defender una u otra teoría. Lo que nos lleva a que, implícitamente al menos, las tres teorías admiten que la verdadera y auténticamente prevaricadora es la resolución materialmente (se

⁵² OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *op. cit.* pág. 350.

emplea el término en contraposición a metodológicamente) incorrecta o injusta.

2) Parece tener claro RUDOLPHI que los casos de aplicación de leyes unívocas no admiten duda. Si la decisión es la correcta no habrá “torcimiento” y si no lo es, podría haberlo (*prima facie*, al menos). Omite, en relación con las leyes unívocas, aludir al deber del juez de resolver conforme a los medios y métodos de interpretación. Empero, este deber, siguiendo su propio criterio, existe (pues no puede entenderse de obligado cumplimiento sólo en los casos de leyes multívocas). Puede aducirse sin embargo que, dado que la ley es unívoca, su correcta aplicación, que es fácilmente determinable, lleva consigo el hecho de haber respetado los medios de interpretación y aplicación del Derecho. Lo que ocurriría es que, dada la simpleza de estos casos, no habría que indagar el proceso discursivo que llevó a la decisión y si en el mismo se actuó correctamente por el juez⁵³. La cuestión me sugiere dudas.

Partamos de que se establece una dicotomía, en definitiva, entre lo claro y lo dudoso. Sin embargo, no creo que sea fácil determinar cuándo una ley es unívoca y cuándo multívoca. Es más, dudo que haya leyes “unívocas”, pues, precisamente, la utilización de los métodos interpretativos puede hacer surgir de la norma más simple considerables problemas técnicos. Por otra parte, el juez no sólo aplica leyes, entendida la expresión como incardinar un supuesto de hecho sobre el que tiene que resolver en una estructura jurídica (compuesta de una o, normalmente, varias normas) y asignarle determinada consecuencia, sino que su labor es más extensa.

No puede perderse de vista que la jurisdicción cuenta con cuatro órdenes (civil, penal, contencioso-administrativo y social). Dentro de cada uno de ellos la actividad judicial se desarrolla a través del proceso, sea éste declarativo o ejecutivo. En lo atinente al proceso, se aplican normas procesales y en lo relativo al fondo de la cuestión controvertida, normas sustantivas. Pero, a su vez, la aplicación de unas y de otras tiene como presupuesto la fijación del hecho que justifica su aplicación. En la fijación de ese hecho, a su vez, rigen una serie de normas. Si se trata de un plenario, se han de tener en cuenta las normas sobre valoración y distribución de la carga de la prueba. Si estamos en un proceso instructor (en el que, por ejemplo, se puede acordar la prisión provisional del investigado), se han de valorar los indicios, bien para decidir la continuación del procedimiento bien para acordar su archivo, o, diversamente, para acordar nuevas diligencias, que exigen, a su vez, una valoración del material fáctico ya obrante en autos en orden a determinar la procedencia de las mismas. Finalmente, se han de establecer las consecuencias jurídicas de la decisión adoptada⁵⁴ y ejecutar esta decisión.

⁵³ Lo que, de nuevo, nos lleva a que lo deseable es tomar como criterio la corrección de la resolución, más que la del proceso discursivo que lleva a la misma, al que se acaba acudiendo cuando lo primero es de difícil determinación.

⁵⁴ La fijación de estas consecuencias jurídicas es especialmente trascendente en el orden jurisdiccional penal, habida cuenta de que afectan, en la mayoría de los casos, a la libertad individual. Sin embargo, la individualización de la pena es uno de los ámbitos que tradicionalmente se ha definido como de ejercicio de potestades

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Por otra parte, cuando se aplica una norma, sea procesal o material, no puede perderse de vista la trascendencia constitucional de la interpretación que de la misma se realice, básicamente en orden a evitar que con ella se pueda vulnerar algún derecho fundamental o el principio de igualdad (ex art. 53 CE). Como tampoco puede soslayarse la interconexión con otras normas del mismo ámbito, pues tanto en lo procesal como en lo material una disposición concreta, al ser aplicada, presupone o implica la de otras de carácter más general.

Con esta somera referencia a lo que es cotidianamente la actividad jurisdiccional se pone de relieve lo dudosa que es la existencia de las llamadas *nomas unívocas*, pues, por muy simple que sea la norma aplicada, normalmente siempre cabrá una interpretación alternativa, no derivada necesariamente de su tenor literal sino de su imbricación en el sistema particular en que el que desenvuelve y el general que es el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Alude a ello BENLLOCH PETIT indicando que en toda resolución judicial cabe distinguir dos operaciones. Una primera, consistente en la fijación de los hechos o antecedentes fácticos relevantes (el juicio fáctico) y una segunda, consistente en la subsunción de tales hechos en las normas aplicables al caso (la operación de subsunción jurídica, que presupone una previa operación de selección de la norma aplicable). La prevaricación puede producirse en cualquiera de estos dos niveles. En el nivel del juicio fáctico, cuando la resolución señale como hechos probados o antecedentes fácticos relevantes hechos falsos o no acaecidos. Y en el juicio de subsunción será injusta la resolución cuando aplique normas inexistentes, derogadas o manifiestamente inaplicables al caso; cuando las interprete sin acudir a ninguno de los cánones aceptados en Derecho; cuando acuerde la adopción de las consecuencias jurídicas previstas en una determinada norma pese a constatar que no concurren sus presupuestos fácticos más esenciales. Esta arbitrariedad en la selección puede producirse tanto en relación con las normas sustantivas como con las procesales⁵⁵. En parecidos términos se pronuncia MUÑOZ CONDE cuando pone de relieve que “el juez está vinculado a la realidad implacable de los hechos a los que la ley tiene que ser aplicada y que es probable que en esta fase (valoración de los hechos) sea donde

discrecionales o del libre arbitrio judicial. Como contrapeso a esta “libertad” del juzgador se impone el deber de motivación de la pena concretamente impuesta. Inciden en este particular BESIO HERNÁNDEZ, M., *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 487 a 500: “la decisión de pena debe normativamente ser motivada, esto es, en general, debe ser justificado y explicitado el razonamiento a través del cual se decide la pena específica(...) al alero de los criterios legales de cuantificación de la sanción”(pág. 488). LLORCA ORTEGA enuncia los principios que han de inspirar la correcta aplicación e interpretación de las reglas de dosimetría sancionadora. Cita los de legalidad, “*ne bis in ídem*”, igualdad, proscripción de dilaciones indebidas (actualmente configurado como circunstancia atenuante), proporcionalidad, pena natural y motivación LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, 6ª ed., Tirant lo Blanc Valencia 2005, pág. 22 a 39. RAMOS TAPIA, M. I., “*El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena*”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 69, 1999, pág. 613 a 633. Más en general, en relación con el uso del arbitrio judicial, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Del arbitrio y la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2005.

⁵⁵ BENLLOCH PETIT, G. en *op. cit.* pág. 388-390.

más frecuentemente pueda cometerse este delito, dado que la valoración de los hechos admite muchas veces, paradójicamente, más subjetivismo que la propia interpretación de las normas”. Recuérdense, si no, las discrepancias que surgen a veces en la valoración de la prueba testifical o pericial, sobre todo en caso de discrepancia entre testigos y peritos, o en la valoración de la probabilidad de huida que tiene un preso preventivo al que se le concede la libertad provisional bajo fianza⁵⁶. Disiente de este parecer QUERALT JIMÉNEZ, al señalar que es la selección irrazonable de la norma lo que genera la prevaricación. El error sobre la fijación del presupuesto de hecho, sobre el que se aplica la norma correctamente, genera la prevaricación imprudente⁵⁷.

Con lo cual, si la teoría objetiva se considera aplicable por RUDOLPHI a las normas unívocas, su virtualidad siempre sería escasa. A lo que ha de añadirse que tal diferenciación, en orden a juzgar el torcimiento o no del Derecho por el juez y los criterios para analizarlo, exigiría una determinación inicial de lo que es unívoco y multívoco, lo que en sí mismo es bastante problemático.

De lo aquí expuesto se derivan, a mi juicio, dos consecuencias: que la determinación de lo que sea una norma unívoca puede ofrecer la misma dificultad que establecer lo que sea una resolución justa o correcta en los casos de normas multívocas. Y que, dado que, como he señalado, es muy difícil que una norma sea puramente unívoca, la corrección o incorrección de la decisión judicial como canon decisor de la existencia de torcimiento del Derecho, admitido por RUDOLPHI para los casos de aplicación de normas unívocas, tendría un carácter residual, deviniendo el criterio pensado para las denominadas normas multívocas⁵⁸ prácticamente como el general para el estudio de la prevaricación.

3) Viene a mantener RUDOLPHI para los casos que pretende resolver con su teoría (leyes multívocas y ejercicio de potestades discrecionales) que lo que puede llegar a ser multívoco es la ley, no el Derecho. E igualmente, de un modo más o menos explícito, que la utilización de los “medios y métodos” de la ciencia jurídica ha de conducir a la interpretación correcta, pues no toda posible interpretación que ofrezca una ley es conforme a Derecho. Y que constituiría prevaricación (torcimiento del Derecho) la resolución judicial no alcanzada por tales medios, por apartarse de ellos el juzgador de modo consciente, en forma contraria al deber.

La cuestión es compleja. Recordemos que RUDOLPHI partió para llegar a esta tesis de

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, 2015, cit. pág. 807.

⁵⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 7ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1281.

⁵⁸ Sin perjuicio de que, desde luego, puede efectuarse diferenciación entre norma multívoca, potestad discrecional, discrecionalidad reglada y arbitrio, todas estas categorías son reconducibles, por oposición, a todo lo que no sea unívoco, que, como acabo de exponer, considero prácticamente residual en Derecho. En verdad, y como ya apunté *supra*, todo es reconducible a la dicotomía claro (una única y posible solución a lo que se resuelve) y “dudoso” (diversas alternativas de solución). Soy consciente de lo poco precisa que puede resultar tal distinción, pero la utilizo a efectos meramente ejemplificativos, sin intención alguna de acuñarla como concepto.

las dificultades que planteaba la teoría objetiva (que la resolución no sea conforme a Derecho) para cualquier caso en que el que no hubiera una sola decisión posible (unívoco, en la terminología empleada). En suma, aquellos supuestos en que era difícil o imposible definir lo que fuera correcto o lo justo. Si esto es así, ¿cómo se puede tener, por el contrario, la clarividencia necesaria -por expresarlo de alguna manera- para determinar cuál es la interpretación conforme a Derecho con base en los medios y métodos de interpretación y desechar la que no lo sea (que no es más que identificar como correcta a la no desechada)? Y voy más allá: ¿son unívocos los medios y métodos interpretativos decantados históricamente por la ciencia del Derecho? e, ¿impone u ofrece el ordenamiento un “protocolo de actuación” para llegar a la decisión correcta? Dicho de otra manera, ¿se define, bien legalmente, bien a través de otra fuente, primaria o secundaria del Derecho, la *lex artis* de su aplicación?⁵⁹.

El devenir histórico de la Ciencia del Derecho, como se expondrá posteriormente, ha generado una metodología propia, distinta de otras ramas del conocimiento. Pero esa metodología, a poco que se indague sobre el particular, es cambiante. De hecho, en una misma época pueden convivir distintas escuelas. Mismamente, una escuela puede evolucionar y ofrecer variantes de unos postulados iniciales. A nivel legislativo, no se ha creado un “manual” de aplicación del Derecho⁶⁰.

El artículo 3.1 del CC, asumiendo los postulados de la Escuela Histórica del Derecho, enumera los medios de interpretación inicialmente acuñados por aquella: “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 aquellas”. Esto es, alude a la interpretación grama-

⁵⁹ Si bien alaba su virtualidad para los casos de leyes multívocas y los supuestos de discrecionalidad, FERRER BARQUERO se muestra también parcialmente crítico con la teoría intermedia. Entiende que “su valor pragmático queda empañado por la alusión al deber funcional, pues enturbia el verdadero objeto de tutela, que en nuestro sistema punitivo debe referirse a alguna faceta de la injusticia y nunca a la función pública (en Alemania se alojan la prevaricación judicial y administrativa en el mismo precepto). Por ello no es tan extrapolable, a su juicio, esta teoría a nuestra regulación”. Añade que “la controversia de determinadas resoluciones al borde de la legalidad seguirá existiendo aunque se atienda a los métodos de interpretación usados, pues la práctica forense muestra cómo determinadas resoluciones judiciales son adecuadas a los ojos de ciertos juristas y se tachan de desproporcionadas y arbitrarias por otros”; FERRER BARQUERO, R., *op. cit.* pág. 108.

⁶⁰ HAVA GARCÍA se acerca a esta problemática y a la vacuidad de la fórmula cuando alude a las decisiones judiciales que califican como injusta la sentencia o resolución que infringe de forma notoria y ostensible la ley, apartándose de su autor de la función que tiene encomendada al quebrantar sus deberes judiciales (STS 102/09 de 3 de febrero) e interpretan como resolución injusta aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable y siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad (STS 359/02 de 26 de febrero). Pero, añade la citada autora, “toda esa concatenación de definiciones no sirve absolutamente para nada si el órgano que enjuicia el presunto delito de prevaricación decide, en función de la naturaleza del caso (o de la personalidad del acusado), flexibilizar o dotar de extrema rigidez, a los argumentos que ofrecen tanto las teorías subjetivas como las objetivas para llegar a un fallo predeterminado”. Cfr. HAVA GARCÍA, E., *op. cit.* pág. 833.

tical, la sistemática, la histórica y la teleológica. Pero ello no supone la fijación de un *modus operandi*, ni aun se establece, verdaderamente, una jerarquía entre los modos de interpretación⁶¹. Y, en todo caso, se restringe a la interpretación de la norma, al desentrañamiento de su sentido, pero no estrictamente a su aplicación concreta, esto es, la determinación del supuesto de hecho, la fijación de los hechos y el establecimiento de la consecuencia jurídica.

En su apartado 2, el artículo 3 del CC habla de la equidad. Y ¿hay algo más difícil de determinar *a priori* que lo que sea equitativo para el caso concreto?

En suma, no puede estimarse que este precepto sea suficiente para defender una configuración legislativa de lo que haya de ser el proceso de aplicación judicial del Derecho. Ni aun: en el ámbito judicial y en lo atinente estrictamente al desenvolvimiento de la pura actividad jurisdiccional, existe protocolo al respecto. Es el intérprete, el juez, quien decide conforme a qué criterios resuelve. No me refiero con ello al resultado (la resolución), sino al método.

Partiendo de este hecho, cabe afirmar que la misma dificultad que ofrece concretar la solución correcta o justa para un asunto la tiene determinar una actuación metodológicamente correcta del juzgador. De hecho, se corre el riesgo de confundir la actuación metodológicamente correcta con la solución adecuada. Pues, ¿adónde ha de llevar si no? Con lo cual, es en cierta medida contradictorio desechar la búsqueda de lo justo para emprender un camino que, en orden a valorar la existencia o no de torcimiento del Derecho, puede llegar a ser igualmente arduo e infructuoso.

Con las dudas que suscitan las teorías existentes expuestas y las objeciones planteadas, es momento de acudir a la interpretación que del elemento típico que estudiamos se hace por la jurisprudencia.

1.2.3. Valoración de la teoría objetiva

El art. 117.3 de la Constitución identifica como objeto de la potestad jurisdiccional “juzgar y hace ejecutar lo juzgado”. Juzgar es adoptar una decisión para resolver un asunto sometido al conocimiento de un juez o tribunal y ejecutar llevar a efecto lo decidido. Estos términos son lo suficientemente genéricos como para comprender la multiplicidad de funciones que pueden desarrollar, que van, por ejemplo, en la jurisdicción penal, de instruir un asunto a dictar sentencia tras la celebración de juicio oral.

⁶¹ Opinión contraria sostiene MANJÓN CABEZA-OLMEDA quien al tratar el delito de prevaricación judicial, señala que la combinación de las reglas del art. 3.1 CC conduce, en la mayoría de los casos, a soluciones plurales o al menos no unívocas, estimando todas válidas por caer dentro de los contornos que marca tal precepto. MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., “Prevaricación e interpretación judicial. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, por el que se deniega el sobreseimiento pedido por el juez Baltasar Garzón en la causa de la “Guerra Civil” *La Ley*, 1858/2010, 23 de marzo de 2010.

Centrar la atención en la contradicción con el derecho objetivo es, a mi juicio, el canon hermenéutico más sólido en orden a delimitar la conducta típica. Poniéndolo en relación con las otras teorías, es la que mejor se compenetra con lo que, en puridad, consiste la función judicial: decidir ateniéndose al sistema de fuentes fijado por el ordenamiento. Por muchas dudas que pueda generar la interpretación de un precepto, la valoración del rendimiento probatorio ofrecido por las distintas fuentes de prueba o la individualización de la pena en un caso concreto, lo que es indudable es que existe ese precepto, que el contenido de la fuente de prueba es el que es y que el marco punitivo es el señalado por la ley. Por el contrario, acudir a un método necesitado de concreción en cada caso o plantearse qué solución pudo estimarse como idónea al juez en su fuero interno adolece de ese grado de certidumbre.

Sin embargo, esta aparente seguridad quiebra ante la imposibilidad de decantar en cada caso, de modo inequívoco, la solución ideal o, cuanto menos, indudablemente correcta. Ante esta inexorable realidad surge el criterio de lo defendible. Y como su reverso, lo indefendible, que da lugar a lo típicamente injusto. En mi opinión, asumir el criterio de lo defendible supone el abandono del criterio más plausible de esta teoría⁶² y la hace enfrentarse a una serie de problemas derivados, de tanta o más dificultad técnica que el que se pretende evitar. Se evidencia con mayor nitidez en los ámbitos de mayor libertad de decisión del juez, como son el ejercicio de potestades discrecionales o el uso del arbitrio judicial, seguidos de la valoración de la prueba. Dejo apuntada la cuestión para abordarla posteriormente.

2. POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Como ideas generales que se desprenden del estudio de las distintas resoluciones dictadas por el TS sobre la materia, puede decirse que se aprecia en las mismas una tendencia -pues no es que se trate de posturas siempre exactamente coincidentes- a asumir los postulados de la teoría objetiva, un rechazo abierto a los de la subjetiva y no dar relevancia a la finalidad ni a los motivos del autor.

Paso a continuación a exponer en subapartados el desarrollo de las tendencias latentes en las resoluciones recaídas sobre la materia, citando literalmente las afirmaciones en que se evidencia el criterio correspondiente.

2.1. Reflejo de las diversas teorías expuestas

Haciendo una valoración de conjunto de la doctrina jurisprudencial indica FERRER

⁶² Pues, entiendo que ha de reconocerse, son muy escasos los supuestos en los que la teoría objetiva podría aplicarse en su formulación más pura, dado que, por utilizar terminología de la teoría intermedia, la mayoría de las normas o supuestos a resolver son “multívocos”. De ahí que la teoría objetiva, en su aplicación práctica, habría de acudir, normalmente, al criterio de la defendibilidad de la decisión.

BARQUERO que la Sala 2ª del TS siempre ha rechazado la teoría subjetiva y dentro de la opción por una teoría objetiva ha evolucionado de una teoría objetiva pura, que exigía una resolución palmaria y notoriamente contraria a Derecho hacia una intermedia que no requiera la evidencia de tal incorrección de la decisión judicial y se satisface con una infracción del deber del juzgador⁶³.

Se puede decir que en la jurisprudencia antigua no existe tanto interés por definir la injusticia de la resolución como por determinar la conciencia que de la ilegalidad tenía el juez al pronunciarla, siendo ello determinante para afirmar o descartar la prevaricación⁶⁴. De ahí que, como pone de relieve GARCÍA ARÁN⁶⁵, se utilicen los términos injusticia e ilegalidad de forma alternativa sin gran preocupación por profundizar en su distinción, mas partiendo de que se ha de tratar de una injusticia manifiesta. En este sentido, por ejemplo, en STS de 19 de febrero de 1891, se la define como “injusticia de aquellas que no pueden explicarse por una interpretación razonable, siquiera sea equivocado el juicio de la ley que se aplica, sino que, por el contrario, resalta por modo claro e indiscutible, lógica y racionalmente la notoria violación del precepto legal.”

Centrándonos en la jurisprudencia actual, en relación con el bien jurídico protegido se señala que este delito no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la vulneración del Estado de Derecho al quebrantar la función judicial de decidir aplicando el Derecho, lo que supone que se produce un abuso de la posición que el derecho otorga al Juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales⁶⁶. El ATS 5796/15 de 22 de julio lo desarrolla determinando que el delito de prevaricación no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes del proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por lo tanto, en la vulneración del Estado de Derecho, dado que se quebranta la función judicial de decidir aplicando únicamente el derecho, en la forma prevista en el *art.* 117.1 CE. Desde este punto de vista, el delito de prevaricación requiere, ante todo, que las sentencias o resoluciones judiciales puedan ser consideradas como un grave apartamiento del derecho en perjuicio de alguna de las partes. La prevaricación, por lo tanto, consiste en el abuso de la posición que el derecho otorga al juez, con evidente quebranto de sus deberes constitucionales.

El elemento objetivo se ha enunciado en numerosas ocasiones por la Sala 2ª del TS

⁶³ FERRER BARQUERO, R., *op. cit.* pág. 118.

⁶⁴ Así por ejemplo, SSTS de 9 de marzo de 1910, 16 de mayo de 1910, 31 de enero de 1914, 3 de diciembre de 1930. En esta última, “se refiere (*en el tipo delictivo*) de modo indispensable que la resolución que se reputa injusta baya sido dictada por el Juez a “sabiendas”, cuyo concepto exige la justificación de que el inculpado procedió “dolosamente o con conciencia e intención maliciosa y deliberada de faltar a la justicia”.

⁶⁵ GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial...cit.* pág. 114.

⁶⁶ SSTS 2/99 de 15 de octubre de 992/13 de 20 de diciembre.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

señalando que concurrirá cuando de modo claro y evidente, sin posibilidad de duda alguna al respecto, la resolución de que se trate carece de toda posible explicación razonable, es decir, es a todas luces contraria a Derecho, porque su contenido, incluso en el supuesto de más favorable interpretación de la norma aplicable al caso o de las pruebas concurrentes, no se compadece con lo ordenado por la Ley, pudiendo referirse tal ilegalidad así cualificada, tanto a aspectos de procedimiento como materiales, ya se trate de cuestiones de calificación jurídica, ya de problemas de hecho o de apreciación de la prueba. Y así, ha utilizado frecuencia utilizando los términos de “patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico”, “tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera”, y otros semejantes, que ponen de relieve el que no basta una mera ilegalidad que pudiera entenderse más o menos justificable con algún modo razonable de interpretar los hechos o la norma jurídica, que tienen sus posibilidades de corrección en el ámbito de los recursos propios del caso, sino que se reserva el Derecho Penal para aquellos casos de tan flagrante ilegalidad que quede de manifiesto la irracionalidad de la resolución de que se trate⁶⁷. Sobre la base de estos enunciados, parece que la jurisprudencia se adscribe a la teoría objetiva, que en casos dudosos excluye de la injusticia aquellas resoluciones que tienen una explicación “razonable”. Sin embargo, más recientemente, otras sentencias han señalado que la mayor gravedad de este delito frente a la prevaricación administrativa y el hecho de que la prevaricación judicial es un delito de técnicos del Derecho, no permite trasladar “*sic et simpliciter*” los calificativos que tradicionalmente ha utilizado la jurisprudencia para definir el acto injusto, como esperpéntica, apreciable por cualquiera, etc., pues éstos han sido forjados para funcionarios no técnicos en Derecho⁶⁸. En suma, se señala, hay que eliminar los adjetivos de resolución “esperpéntica”, “apreciable por cualquiera”, etc., pues son más propios para calificar el elemento objetivo de este tipo penal respecto a otros funcionarios públicos que no son técnicos en derecho⁶⁹.

La trascendental - tanto por el asunto a que se refería como a la discusión doctrinal que generó - STS 2/99 de 15 de octubre, instauró un nuevo canon de medición de la injusticia, al razonar que el hecho de que el derecho no sea una ciencia exacta no permite deducir de tal afirmación que cualquier acto de un Juez es adecuado a derecho, pues ello implicaría reconocer que la única ley del Estado es la voluntad o la convicción de los Jueces, en clara contradicción con el art. 117.1 CE. El juez, por lo tanto, sólo puede deducir de las leyes las consecuencias que algún medio o método jurídico de interpretación le permita. Puede recurrir, según su parecer, al método gramatical, al teleológico, al histórico o subjetivo, al sistemático, etc., pero su decisión debe provenir de la rigurosa aplicación de los criterios racionales que cada uno de estos

⁶⁷ SSTS, 21 de enero 1911, 877/98, de 24 de junio, 1152/94, de 27 Mayo, 2338/01 de 11 de diciembre, 806/04 de 28 de junio, 79/12 de 9 de febrero o 992/13 de 20 de diciembre.

⁶⁸ SSTS 102/09 de 3 de febrero y 992/13 de 20 de diciembre.

⁶⁹ STS 228/15 de 21 de abril.

cánones interpretativos establece. Lo que el Juez no puede es erigir su voluntad o su convicción en ley. Tal tarea sólo corresponde al Parlamento. Por lo tanto, no es cierto que no se pueda saber cuál es la solución jurídicamente correcta en cada caso, pues toda resolución motivada de la manera que acabamos de explicar será jurídicamente correcta, en tanto exprese la voluntad del legislador o de la ley -en su caso- y no la del Juez. Estos presupuestos se dan cuando el Juez o el funcionario no sólo se apartan del texto legal, sin apoyo en razones jurídicamente fundadas, sino también cuando se utiliza la indeterminación del texto legal en forma torcida, imponiendo consecuencias jurídicas claramente desproporcionadas a alguna de las partes.

A partir de aquí se admitirá en la jurisprudencia la teoría intermedia, que pone el acento en el apartamiento o no de los medios y métodos usuales de interpretación del Derecho⁷⁰. BACIGALUPO es contrario a calificar la tendencia jurisprudencial como un híbrido entre la teoría objetiva y la teoría de los deberes. Al exponer las teorías sobre la prevaricación judicial, señala que la teoría de la infracción del deber atiende a que se haya resuelto por consideraciones extrañas al asunto los supuestos que pueden considerarse imprecisos o dudosos (normas de contenido impreciso, tergiversación de los hechos o ejercicio de facultades discrecionales). Es abuso y por tanto, prevaricación, resolver por consideraciones ajenas al Derecho. Frente a este criterio, argumenta el citado autor, es posible que sea más adecuado el criterio objetivo, pues la motivación del juez al decidir dentro de lo jurídicamente sostenible no afecta a la vigencia de la norma que prohíbe la prevaricación, pues lo que persigue dicha norma es que las resoluciones sean compatibles con el derecho vigente, lo que se da independientemente de la motivación del juez. Mas, pese a ello, sostiene BACIGALUPO que la contraposición de tales teorías puede superarse y ello acudiendo al concepto de la interpretación jurídica, que es el criterio señalado en la STS 2/99, los métodos de interpretación admitidos o susceptibles de consenso científico adquieren la función de determinar cuándo se aplicó la ley y cuándo el juez resolvió según su propia voluntad. Por tanto, lo que BACIGALUPO viene a señalar es que la tesis seguida por el TS a partir de la indicada sentencia no es la teoría intermedia, sino que supera las conclusiones de ésta y las de la teoría objetiva al incidir en el “método” jurídico como canon de determinación de la injusticia de la resolución y no en los motivos del autor. Sin embargo, la cuestión también podría plantearse, en mi opinión, desde los términos de una teoría objetivista “pura”, pues el concepto de la interpretación jurídica a que alude el citado autor (“los métodos de interpretación admitidos o susceptibles de consenso científico”) no sería más que la herramienta técnica para determinar la defendibilidad de la decisión, con lo que, a la postre, no estaríamos sino ante la asunción de los postulados objetivistas. Y por otra parte, es claro que no existe mucha diferencia entre la doctrina sentada con la STS 2/99 y los postulados de la teoría intermedia, pues el método jurídico no es sino el canon que toma la teoría intermedia para estimar justa o injusta la

⁷⁰ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, E., *op. cit.*, pág. 1.199 a 1.201.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

resolución en los casos de leyes multívocas o de ejercicio de potestades discrecionales

En parecidos términos lo expresa la STS 228/15 de 21 de abril, al indicar que el quebrantamiento del derecho objetivo se produce cuando la aplicación realizada del derecho no resulta objetivamente sostenible, según los métodos generalmente admitidos en la interpretación del derecho. Se exige, por lo tanto, una indudable infracción del derecho, y además, una arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción. Lo injusto y lo justo no depende, por lo tanto, de la voluntad del juez, sino de la misma aplicación de la norma y realizada ésta es justa cuando el juez la aplica acudiendo a fuentes de interpretación válidas y admisibles. La falta de acierto, en la legalidad y la injusticia, indica la citada sentencia 228/15, no son lo mismo, pues la legalidad la marca la ley y la interpretación que de la misma realice el órgano dispuesto en la organización de tribunales como superior en el orden jurisdiccional de que se trate, en tanto que la injusticia supone un plus, una acción a sabiendas de la arbitrariedad⁷¹ de la decisión judicial adoptada.

Y refiriéndose a la motivación de la decisión, que se halla íntimamente ligada al método empleado, se señala en la sentencia 594/14 de 16 de julio que motivar y fundamentar es dar cuenta en términos comprensibles, de las razones que tenga el Juez para justificar la decisión adoptada y que esta pueda ser conocida no solo por las partes concernidas, sino por cualquier persona que tenga acceso a la resolución. La fuerza de la motivación no está, por lo demás, en la extensión, sino en la fuerza del razonamiento.

La sentencia 102/09 de 3 de febrero pone el acento en la función o tarea judicial, que es susceptible de extralimitaciones y disfunciones. Así, pueden existir disfunciones nacidas de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por hombres que no son infalibles para las que el propio sistema prevé el régimen de recursos. El error, en estos casos, es imputable al propio sistema jurídico en la medida que la aplicación errónea del Derecho proviene de la propia falibilidad humana para las que el ordenamiento previene el régimen de recursos. La cuestión de la responsabilidad penal del juez comienza allí donde la aplicación incorrecta de la ley no puede ser imputada a la falibilidad humana, sino al abuso de las funciones del juez. En estos supuestos la disfunción no es imputable al sistema, sino al juez, y es en estos casos donde se hace necesaria las exigencias de responsabilidad penal del juez como correlato o contrapeso que garantiza la libertad de responsabilidad y, de esta manera, la independencia. Y distinguiendo la prevaricación judicial del cohecho señala que en la prevaricación, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica. Estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción. Incluso no es necesario realizar ninguna comprobación sobre la corrupción porque el abuso ya supone una

⁷¹ Parece trasladar el elemento normativo a la parte subjetiva del tipo.

perversión del sistema. Y adopta como teoría propia sobre la prevaricación judicial la objetiva allí donde caben varias conductas y decisiones objetivamente sostenibles o donde existen dudas fundadas, no buscadas, en la interpretación del Derecho. La elección, en estos casos, de una u otra de estas interpretaciones posibles -independientemente de la convicción del juez- no dará lugar a una acción prevaricadora, dado que el juez se habrá mantenido dentro de lo jurídicamente aceptable. Añade que la anterior teoría es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento.

Desde un punto de vista metodológico, el auto 651/13 de 10 de junio, fundándose en resoluciones del TC (262/2006 y 129/2008) que fijan lo que ha de entenderse por vulneración del principio de legalidad, señala que “los criterios para estimar prevaricadora una resolución judicial son dos:

- a) Criterios axiológicos opuestos claramente a los que informan el texto constitucional y
- b) Los modelos de argumentación que se sitúan claramente extramuros de los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica.

Y añade el auto 7802/13 de 19 de junio que se requiere que la aplicación del derecho sea arbitraria o injusta, es decir que la norma haya sido aplicada tergiversando su contenido o, con expresión ya acuñada en el contexto de este delito, «retorciendo» la norma aplicada. Ello significa que en todos los casos es necesario establecer cuál ha sido la norma aplicada en el acto decisorio concreto y comprobar luego si en dicho acto se ha tergiversado su contenido.

Igualmente se señala por el Tribunal Supremo que la esencia de la misma de la prevaricación judicial no es la contradicción al Derecho, sino la arbitrariedad en el ejercicio de la función jurisdiccional, el abuso de la función y, en definitiva, la infracción del deber⁷².

Puede verse, por tanto, que la jurisprudencia española ha evolucionado desde una concepción de la prevaricación común a la judicial y a la administrativa a una estrictamente relativa a la judicial. Y ello desde la perspectiva del grado de infracción del derecho de la resolución estudiada, de tal manera que, por así decirlo, se pretende ser más exigente con la decisión judicial que con la administrativa a la hora de cribar las que entrarían en el concepto de lo injusto. Así, los términos “patente, notoria e incuestionable contradicción con el ordenamiento jurídico”, “tan patente y grosera que pueda ser apreciada por cualquiera”, y otros semejantes se reserva a día de hoy a la prevaricación administrativa, lo que vendría también abonado por al actual defi-

⁷² STS 101/12 de 27 de febrero.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

nición legal de la prevaricación administrativa, que califica la resolución, para poder ser típica la conducta, como “arbitraria”. Pero, por otra parte, se excluye del ámbito de aplicación del tipo aquellas resoluciones que aparecen revestidas de una mera “ilegalidad”, entendida como errónea aplicación del ordenamiento jurídico⁷³. Sólo se considerarían típicos los supuestos en que la aplicación incorrecta de la ley no puede ser imputada a la falibilidad humana, sino al abuso de las funciones del juez.

Por tanto, se sigue manejando el concepto de lo jurídicamente aceptable, de forma que, si así resulta, no habría prevaricación. En los casos más dudosos, que son aquellos en que el arbitrio (en sentido de, por así decirlo, libertad de decisión) del juez es mayor y “lo aceptable” se muestra inservible como canon⁷⁴, se introducen las variables de exceder el juez el contenido de la autorización, decidir motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o apartarse del método previsto en el ordenamiento.

De todo lo expuesto en las sentencias transcritas se desprende, pues, que considera el Tribunal Supremo que sí que se ha de indagar la corrección de la resolución desde la perspectiva del derecho objetivo. Y que, cuando ello ofrezca dudas, se ha de acudir a los criterios auxiliares de defendibilidad y corrección del método interpretativo empleado. Esto es, que cuando es difícil determinar lo que era correcto, se ha de indagar si, al menos, el método empleado lo fue. Por emplear una fórmula descriptiva, si bien es tolerable que el juez yerre, no lo es que actúe en forma contraria a como le es exigible.

Ejemplos del rechazo jurisprudencial en la actualidad de los postulados de la teoría subjetiva se encuentran en resoluciones en que se afirma que la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia. y que el elemento objetivo de la resolución injusta sólo puede ser definido desde la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación comienza con el abandono de dicho principio y no desde las convicciones del juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial. La conciencia del juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la ley porque ello conduce en definitiva a convertir la conciencia del juez en la ley para resolver el conflicto y tal planteamiento es incompatible con los postulados del Estado de Derecho⁷⁵. Y expresamente se llega a decir que esta configuración del elemento del tipo objetivo viene a rechazar al mismo tiempo la teoría subjetiva de la prevaricación, según la cual se apreciaría el delito poniendo el acento en la actitud o la convicción del juez al resolver, y prescindiendo de que la resolución sea objetivamente conforme a la ley. Desde este punto de vista es evidente que

⁷³ Se hace remisión a los fragmentos transcritos de la STS 102/09 de 3 de febrero y 101/12 de 27 de febrero.

⁷⁴ Pues, por ejemplo, en el ejercicio de potestades discrecionales o del libre arbitrio casi todo, a *priori*, podría resultar aceptable.

⁷⁵ STS 102/09 de 3 de febrero.

“...la injusticia objetiva de la resolución no puede ser eliminada recurriendo a la subjetividad del autor, dado que el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia” (STS 2/99, de 3 de febrero). Por lo tanto, no puede admitirse que una resolución sea justa solo porque el juez que la dicta, sin referencia alguna a criterios objetivos, así la considere (...)”⁷⁶.

Y en lo que se refiere a la valoración jurisprudencial de los motivos del juez de cara a apreciar el delito de prevaricación se señala que la injusticia de la resolución es un elemento constitutivo de este delito que tiene una autonomía propia, sin que pueda en modo alguno quedar contaminado por razones de carácter subjetivo, en este caso por la finalidad de beneficiar a algún interesado en la resolución que se dicte. Por muy clara que aparezca esta finalidad, se afirma por el TS, ello no puede utilizarse en pro de la concurrencia de este elemento que de modo evidente tiene un carácter objetivo⁷⁷.

También razona sobre la relevancia de los motivos el TS cuando señala que estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción. Incluso no es necesario realizar ninguna comprobación sobre la corrupción porque el abuso ya supone una perversión del sistema.”⁷⁸.

Y concretamente en relación con el móvil, el porqué de las resoluciones prevaricadoras, señala el TS que ya es sabido que el móvil no forma parte del tipo, puede ser una explicación --que no justificación-- pero en todo caso el delito es independiente al móvil que guiará la acción del autor. es el móvil que actuará como motor para tales actuaciones. En todo caso como acaba de decirse, dolo y móvil son al tipo y puede explicar --que no justificar-- el porqué de la actuación judicial⁷⁹.

2.2. Conclusiones y valoración crítica

2.2.1. Admisión de la tesis objetiva

De la lectura de los fragmentos transcritos, todos ellos extraídos de sentencias dictadas por el TS, bien conociendo de recursos de casación contra sentencias condenatorias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, bien decidiendo en única instancia, se desprende de un modo inequívoco que se exige una contradicción de la resolución con el derecho objetivo. Es esto una forma de describirlo, pues las expresiones de que cabe deducirlo son conceptualmente

⁷⁶ STS 4/14 de 16 de julio.

⁷⁷ STS 308/09 de 23 de marzo.

⁷⁸ STS 102/09 de 3 de febrero.

⁷⁹ STS 594/14 de 16 de julio.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

distintas entre sí, mas tienen en común que descartan una asunción de postulados subjetivista, entendidos estos del modo que ya hemos estudiado ⁸⁰.

De estas descripciones de lo que haya de entenderse por injusto cabe concluir que no se asume de modo inequívoco alguna de las teorías que hemos estudiado hasta el momento. Podría decirse que se opta por una concepción, en la terminología asentada al estudiar este delito, objetivista, por contraposición, como veremos, a la negación de la subjetivista. Esta objetividad de la injusticia se identifica, esencialmente, con la contradicción con el derecho objetivo. La cuestión estribaría en definir en qué consiste esa contradicción. O dicho de otra manera, qué infracción del derecho se considera prevaricadora.

Si se observan las expresiones utilizadas y reiteradas, se suele insistir en que la mera infracción de la ley no constituye el tipo objetivo. Esto es, se viene a hacer una interpretación, entiendo, teleológico-restrictiva del tipo para evitar la inclusión de cualquier aplicación errónea del Derecho, que, obviamente, suele llevar, de suyo, una infracción de la norma. Ahora bien, ¿cuán densa ha de ser la infracción, de qué modo se ha de infringir la norma a aplicar para que la conducta sea típicamente injusta? Es aquí donde se acude, como se hacía por los partidarios de la tesis objetivista, al criterio de la defendibilidad. Este criterio, expresado de diversas maneras en los fragmentos que he transcrito, viene a establecer una dicotomía entre, en definitiva, resoluciones razonables y resoluciones que no lo son. Respecto de estas últimas, suelen las mismas ser adjetivadas con calificativos como irracionales, “plus respecto de la mera ilegalidad”, insostenible, injustificable, indudable infracción del derecho.

Sin embargo, podría concluirse, con base en las anteriores expresiones, que no se trataría, en definitiva, más que otra forma de expresar clásicas expresiones como esperpénticas, burdas, apreciable por cualquiera etc., con que se identifica tradicionalmente la injusticia propia de la prevaricación administrativa. Desde luego, escaso trecho parece mediar entre insostenible, injustificable o irracional y esperpéntico o grosero. Estas últimas, no obstante, denotan una mayor intensidad en el apartamiento en lo atinente a la forma de expresión del mismo. Es decir, lo grosero o esperpéntico es apreciable a simple vista, sin necesidad de mayor indagación. Y la forma de expresión de un razonamiento jurídico es la argumentación jurídica, a través de lo que procesalmente se denomina motivación de las resoluciones. Por tanto, la resolución sería esperpéntica cuando estuviéramos en presencia de argumentos vacuos, poco atinentes al caso, o abiertamente contradictorios con lo decidido e, incluso, ininteligibles. La restricción del delito a estos supuestos restringiría su aplicación puede que injustificadamente. Se ha cuidado el Tribunal Supremo de señalar en alguna ocasión que, “en la motivación de las resoluciones

⁸⁰ Vgr., fragmentos transcritos de las SSTS 2/1999 de 15 de octubre, 102/09 de 3 de febrero, 2338/01 de 11 de diciembre, SSTS 2338/01 de 11 de diciembre, 126/12 de 28 de febrero y 228/15 de 21 de abril.

prevaricadoras predominan los argumentos encubridores del carácter antijurídico del acto”⁸¹. Esto es, el juez, por la capacidad técnica que se le presume, cuenta con suficiente arsenal metodológico para armar una decisión motivada y aparentemente justificada. Viene ello a suponer una admisión implícita de que la justicia de la resolución no puede residir en una adecuada motivación de la misma. Sin embargo, esta conclusión sería contradictoria con la extendida afirmación en numerosas sentencias -de lo que hemos dado cuenta- de que canon adecuado para calibrar la razonabilidad de la decisión son los medios o métodos jurídicos de interpretación.

Una parte esencial del método es la plasmación de su aplicabilidad al caso, lo que sólo puede expresarse por medio de la debida argumentación. Pues, de lo contrario, ¿cómo podría saberse qué método fue el concretamente empleado? Así por ejemplo, si se dilucida el sentido de un precepto con base en la interpretación jurisprudencial del mismo, habrá de citarse la doctrina legal correspondiente y si, por el contrario, se optara por una mera interpretación gramatical que llevara a un resultado que diverge de aquel, también se habría de exponer, de igual modo. La elección de uno u otro medio, uno u otro método, en sí misma, podría encerrar la arbitrariedad si, por el ejemplo, el juez, sabedor de que una tesis jurisprudencial es contraria a lo que pudiera ser una interpretación literal de un precepto o de una posible interpretación sistemática del mismo, optara por el resultado a que le condujera cualquiera de estas últimas.

Todo ello nos puede llevar a aporías de difícil solución que determinarían, en último término, la imposibilidad de apreciar la injusticia. Ello explica que también se afirme por el TS que “toda resolución motivada de la manera que acabamos de explicar será jurídicamente correcta, en tanto exprese la voluntad del legislador o de la ley -en su caso- y no la del juez. Naturalmente se podrá discutir si en un caso concreto es más adecuada una interpretación teleológica que otra gramatical; lo que no es discutible es que las decisiones basadas en la propia convicción empecinada del Juez, sin fundamento racional en la ley, son incompatibles con el Estado democrático de Derecho”⁸².

Por tanto, a lo que la jurisprudencia parece tender es a identificar la prevaricación con aquellas resoluciones que están lejanas de una interpretación asumible de la ley y más próximas a la mera convicción del juez. La cuestión sería fijar los límites en que podrían desenvolverse uno y otro tipo de resoluciones, extremo éste sobre el que únicamente cabe abundar desde la casuística y la interpretación del tipo subjetivo.

2.2.2. Exclusión de las posturas subjetivistas

Procediendo de igual modo que con la asunción de los postulados objetivos, cabe destacar,

⁸¹ STS 2/99 de 15 de octubre.

⁸² STS 2/99 de 15 de octubre.

en principio, las expresiones con las que se suelen descartar los postulados subjetivistas ⁸³.

De las frases destacadas y de otras similares puede colegirse que lo que queda vedado es la decisión de un asunto prescindiendo de la normativa aplicable y residenciándolo todo en las propias convicciones del juez o en su mera voluntad.

No puede entenderse que ello suponga *per se* una exclusión de los postulados de la teoría subjetiva. No se acepta ésta por su incompatibilidad con la teoría objetiva. Incompatibilidad que viene dada, más bien, por el planteamiento o perspectiva de estudio que de la justicia e injusticia de la resolución se hace en cada una de ellas.

Hablar de que “la conciencia del Juez no puede erigirse en tribunal de la conciencia de la Ley” expresa un juicio de valor que el juez hace acerca de la legislación aplicable, resultando que estima dicha legislación contraria a su conciencia o convicción, de modo que resuelve conforme a tal conciencia omitiendo el mandato legal. A parecida conclusión lleva la expresión “el Juez debe aplicar el derecho y no obrar según su propia idea de la justicia”.

En todo caso, cabe hacer una diferenciación entre lo que puede estimarse subjetivismo, que sería aquel que, en definitiva, convierte en fuente del Derecho la convicción o creencias del juez, de la subjetividad inherente a todo aplicador del derecho. Esto último se refiere a la tendencia o impulso latente en toda creación humana, de la que es imposible abstraerse en cuanto que es inherente a toda persona. En función de ello, que puede venir determinado por muy variadas circunstancias, se pueden adoptar distintas posturas interpretativas o distintas formas de ejercicio de potestades discrecionales o del arbitrio judicial (vgr., en la dosificación de la pena). Aquí, se quiera o no, se admita o se niegue, se manifiesta la subjetividad individual del juez o la colectiva del tribunal. Y es lícito en la medida en que se ubique dentro de lo legalmente admisible.

No han de ser estos, por tanto, que sean estos los términos en los que se rechaza la teoría subjetiva en la interpretación del delito de prevaricación judicial por parte de la jurisprudencia. Lo que se censura es que el juez se plantee como posible una decisión que es contraria a la norma aplicable y pese a ello, la adopte.

Huelga decir que, cuando se hace referencia a la conciencia o convicción del juez en relación con una interpretación “subjetivista” del delito de prevaricación judicial se ha de entender referida a aquella que se encuentra extramuros de la norma aplicable. Se ha de matizar esto porque puede dar lugar a confusión con la que también se suele denominar “convicción jurídica”. Por convicción jurídica ha de estimarse aquella que se obtiene tras el análisis de un caso, la valoración, en su caso de la prueba y el estudio de las normas aplicables. Si como consecuencia de ello se alcanza una conclusión, ello constituiría la convicción jurídica. De adoptarse

⁸³ SSTs 2/1999 de 15 de octubre, 102/09 de 3 de febrero o 594/14 de 16 de julio.

una decisión contraria o distinta de tal convicción estaríamos en presencia de una decisión que pudiera ser típicamente injusta. Lo sería para la teoría denominada de los deberes. Es típico el apartamiento de esa convicción, que genera la decisión que se considera, por tal motivo, injusta. Ciertamente, ello exigiría, en puridad, conocer cuál fue la decisión que el juez, de modo primario, estimó adecuada, por lo que el proceso de aprehensión de la decisión injusta se revela parecido al que habría de seguirse para aplicar la tesis subjetivista sobre el delito de prevaricación. En ésta, se ha de indagar qué se planteó el juez como decisión legalmente admisible o adecuada, así como cuál era su convicción acerca de tal solución. Ciertamente, ésta última sería más fácilmente detectable, pues es la que se manifiesta en la resolución y la adecuada, desde el punto de vista legal, es la que el tribunal que enjuiciara la prevaricación considerara como tal, pudiendo reducirse todo a un juicio de atribución subjetiva (del tenor: si acabó dictando una solución distinta que la que se derivaba de la recta aplicación de la ley es porque estimaba esa la correcta o justa). Ello llevaría a que, de asumirse esta teoría, se trata de un amera contraposición de conciencia entre jueces, la del acusado de prevaricación y la del tribunal que lo juzga, con la diferencia de que el primero habría obrado en contra de la suya y el que lo juzga, en principio, no.

2.2.3. Motivos del autor

Los motivos que puedan explicar el dictado de la resolución injusta suelen aparecer a la hora de argumentar sobre la injusticia de la resolución, si bien privándolos, aparentemente al menos, de virtualidad en orden a construir el tipo objetivo del delito⁸⁴.

Lo primero que ha de aclararse es que se hace una distinción entre la finalidad y el móvil. La primera no es otra cosa que el fin perseguido. Lo segundo se identifica con la causa de la actuación, el porqué. Sin embargo ello no es del todo exacto. Según el diccionario de la RAE móvil es aquello que mueve material o moralmente algo. Tiene, pues, una impronta dinámica. Y como concepto distinto se situaría el motivo, que es “causa o razón que mueve algo”. Móvil y motivo no son, pues, equivalentes. El móvil se viene a encontrar con la finalidad y en definitiva, es lo que se pretende conseguir con la realización de la acción. Representaría, pues, la latencia de la finalidad en el curso de la acción. El motivo sería la causa de que exista esa finalidad. El porqué o la explicación, en palabras de una de las sentencias citadas, de ese actuar del juez.

En las aludidas sentencias, se pretende fijar una línea divisoria clara entre lo objetivo y lo subjetivo en el delito, a fin de que lo segundo no “contamine” lo primero. Pero no responde tal criterio a una pretensión dogmática de deslindar los elementos del tipo, pues tampoco en el estudio del tipo subjetivo se dará trascendencia a la finalidad. De ahí que cuando se dice “El tipo objetivo no puede quedar contaminado por razones de carácter subjetivo, como la finalidad

⁸⁴ Vgr., fragmentos transcritos de las SSTS 102/09 de 3 de febrero y 308/09 de 23 de marzo.

de beneficiar a algún interesado en la resolución que se dicte, por muy clara que aparezca esta finalidad”⁸⁵, lo expresado ha de entenderse también referido a no tomar en consideración esa finalidad al analizar el tipo subjetivo.

Ciertamente, la finalidad, si se la entiende como el motor de la acción, como el propósito perseguido por el autor -lo que tampoco ha de confundirse con la dirección finalista de la acción- no tendría por qué integrarse en el elemento objetivo del tipo, como parte del concepto de injusticia, que es lo que parecen expresar las resoluciones citadas. Ello es comprensible y hasta cierto punto, consecuencia necesaria, de afirmar que no hay imposibilidad de determinar lo que haya de considerarse resolución injusta. Si se determina que la resolución dictada no se ajustaba o no se derivaba de la adecuada utilización de los métodos de la ciencia jurídica, ¿para qué indagar la finalidad que se pretendía, si ya, en todo caso, concurriría el tipo objetivo? Y por la misma razón, también se evidencia como innecesario plantearse los motivos del autor, la razón de ser de tal ilícito comportamiento.

En suma, considerando perfectamente posible, asumiendo postulados de la teoría objetiva modulados con los de la teoría de los deberes, determinar lo que ha de considerarse resolución injusta, es irrelevante la determinación, en el tipo objetivo, del porqué de la actuación del juez ni la finalidad perseguida.

En el lugar correspondiente veremos cómo se hace trasunto de este criterio en relación con el tipo subjetivo.

⁸⁵ STS 308/09 de 23 de marzo.

CAPÍTULO II

PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DE LA “RESOLUCION INJUSTA”

1. INTENTO DE APROXIMACIÓN A UN CONCEPTO JURÍDICO DE INJUSTICIA

1.1. Consideraciones previas en relación con las teorías sobre la prevaricación judicial y dificultades metodológicas

Todo lo expuesto hasta el momento evidencia, antes de cualquier otra consideración, la dificultad que entraña asignar un contenido a la descripción típica de la resolución prevaricadora como “injusta”.

Entiendo, como punto de partida, que la introducción del término “injusticia” en la descripción del delito de prevaricación judicial, al margen de su adecuada ubicación sistemática en la estructura del delito y su naturaleza jurídica, sobre lo que luego trataremos, distorsiona la interpretación del delito. Ello no significa que sea inoportuna su utilización sino que, dada la importancia y amplitud del término, es muy difícil dotarlo de un contenido plausible para colmar las necesidades de concreción típica exigibles en cualquier tipo penal ⁸⁶.

Es indudable, sin perjuicio de ulteriores precisiones, que se trata de un elemento normativo del tipo y que exige, por tanto, efectuar una valoración jurídica sobre su contenido. Las

⁸⁶ El principio de legalidad penal se encuentra reconocido en el artículo 25.1 CE. Como destaca GIL GIL, dicho principio tiene una vertiente o garantía formal, de la que es trasunto la clásica expresión *nullum crimen sine previa lege* y que se reconoce en el art. 1.1 CP. Sin embargo y a los efectos a que aquí me refiero, añade la citada autora que el principio presenta un aspecto material dirigido a garantizar la seguridad jurídica, que incluye como subprincipio el de taxatividad (denominado por TC como tipicidad), que significa que las figuras delictivas tiene que ser definidas del modo más preciso posible. Es muy difícil, reconoce GIL GIL, conseguir una realización plena de la garantía de la taxatividad, pues el legislador debe seguir un proceso de abstracción para englobar la rica casuística que la realidad pueda presentar. GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 46 y 47.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

teorías expuestas en los epígrafes anteriores así como la jurisprudencia, pretenden, desde luego, precisar el significado jurídico-penal del término.

Si pretendiéramos encontrar un elemento común a todas ellas éste sería, en mi opinión, la identificación de la resolución injusta con la incorrecta, inadecuada o errónea. Y como reverso, que la decisión justa sería la correcta o adecuada al caso. Puede oponerse inmediatamente a esta afirmación que no es ello lo que se desprende de lo defendido por los distintos autores citados o por la interpretación jurisprudencial del elemento típico a que aludimos y que, más bien al contrario, se llega a descartar la necesidad de que la decisión sea, por así decirlo, necesariamente acertada para ser atípica, pues se admite el error o equivocación del juez como posibilidad inherente al sistema judicial, corregible -o no- por la vía de los recursos.

El anterior argumento, sin embargo, sólo es plausible si se llevan hasta sus últimas consecuencias los postulados de cada una de las teorías y si se introduce el elemento subjetivo del injusto como criterio último delimitador de si lo incorrecto era o no típico. Sin embargo, tratándose de analizar elemento objetivo del tipo - la resolución “injusta”- no pueden entrar en liza, todavía, al menos con carácter determinante, razonamientos propios del análisis de la parte subjetiva del tipo. Pues, lo típicamente “injusto”, habrá de serlo *per se*.

Por lo tanto, las tres corrientes expuestas (objetiva, subjetiva e intermedia) vienen a coincidir en contemplar como decisión típica la equivocada, inadecuada o errónea. La razón de la divergencia es cómo se contempla ello en el seno de cada una.

De modo muy sintético, puede concluirse que la teoría objetiva denuncia la infracción del derecho objetivo, en la extensión que quiera darse al término, si bien normalmente, en clave positivista, se identifica con la ley y principios o valores que han pasado por el tamiz del legislador. Para casos en que la solución no se vislumbra de modo inequívoco se acude al criterio subsidiario y auxiliar de la defendibilidad, que es lo mismo que decir que la decisión, cuanto menos, no sea arbitraria⁸⁷ o descabellada. Pese a esta amplitud, no por ello deja de considerarse la solución adecuada al caso. Lo que ocurre es que, en supuestos dudosos, la misma no puede fijarse con exactitud, con lo que el canon de lo correcto es más laxo, admitiendo, por así decirlo,

⁸⁷ Nótese la definición que de arbitrariedad dan los autos del TS 12656/12 de 21 de diciembre, 133/15 de 7 de enero y 192/15 de 5 de enero: “como se sigue de abundantísima y bien conocida jurisprudencia de esta Sala, obrar de manera arbitraria, en un contexto público de actuación preceptivamente delimitado, es suplantar la ratio y el fin de la norma por las propias y personales razones y finalidades”. Y en el auto 798/13 de 4 de febrero, “no puede equipararse (resolución injusta) de forma automática y genérica a cualquier decisión no ajustada a Derecho, toda vez que ello supondría no sólo una interpretación extraordinariamente exorbitante del tipo penal objeto de análisis sino que resultaría, además, contraria al fundamento y razón de ser de la previsión penal de esta figura, cuya finalidad no puede suponer el reproche, en todo caso, de las decisiones que no se acomodan al sentido de la Ley, sino exclusivamente la sanción punitiva para aquellos casos en los que la gravedad de la incorrección del pronunciamiento atente contra las bases mismas del Estado de Derecho, al advertir que el integrante del Poder judicial actúa anteponiendo su criterio personal al mandato claro de la norma, con desprecio por consiguiente de ésta, en materia que por su relevancia conlleva un grave atentado contra el ordenamiento jurídico”.

diversidad de soluciones, con el límite expresado. Dicho en otras palabras, será correcto lo que no sea indefendible. Esta teoría parte de la confianza en que lo acertado o adecuado es determinable.

La teoría subjetiva también busca como resolución injusta la incorrecta o inadecuada. Lo que cambia es la perspectiva desde la que lo analiza. Para sus defensores se infringe la conciencia del juez, siendo injusta la decisión que se aparta de aquello que el juez considera como solución adecuada al caso. Mediatemente, no obstante, también se castigaría la infracción del derecho objetivo en los casos en que la decisión correcta fuera, para el juez, la que derivara de la estricta observancia de la legalidad aplicable, pues es precisamente ésta la que determinaría, para el juez, la solución adecuada, de la cual se aparta la decisión prevaricadora.

Finalmente, la teoría intermedia o de los deberes, que pretende superar las deficiencias que presenta la teoría objetiva, también busca que se dicte la resolución acertada. Lo hace, sin embargo y nuevamente, desde un prisma distinto a las anteriores, como es el metodológico. Así, sin desdeñar las conclusiones de la teoría objetiva para las leyes “unívocas”, atiende, respecto de los supuestos “dudosos” (normas “multívocas”, ejercicio de potestades discrecionales y del libre arbitrio judicial) a que se respete el “método jurídico”, los criterios de interpretación y aplicación del derecho acuñados por la ciencia jurídica y las normas procesales. Si en lugar de someterse a ellos atiende el juez a “consideraciones extrañas al asunto”, la decisión es prevaricadora, pues infringe sus deberes como juez. Nuevamente, puede verse que esta teoría también persigue la decisión correcta. Y lo hace sin necesidad de definir cuál entiende por tal, pues considera que el pertinente seguimiento del “método” conduce inexorablemente a ella. O dicho de otro modo, la decisión es correcta porque se ha decantado a través del adecuado uso de la técnica jurídica. Lo que, utilizando la terminología objetivista, podría decirse, igualmente, que sería defendible.

Se llega, por tanto, para los casos dudosos (la mayoría), a la misma conclusión tanto por los objetivistas puros, por así decirlo, cuando manejan el concepto de la “defendibilidad”, como por los partidarios de la teoría intermedia o de los deberes, que consideran prevaricación el incumplimiento del deber del juez o funcionario de llegar a través de los medios y métodos científicos jurídicos al conocimiento del Derecho. Los primeros porque hablar de defendibilidad no es sino decir que la decisión es racionalmente sostenible atendidos el caso, los hechos y la norma aplicable, lo cual no es sino resultado del empleo de las técnicas jurídicas antedichas. Podría decirse que “defendible” es lo mismo que “conforme al método”. Y los segundos porque abiertamente lo reconocen. Lo esencial es el adecuado uso de las técnicas y métodos jurídicos. Habría una diferencia, empero, entre ambas, aun cuando se estableciera esta asimilación. Y es que, en la teoría objetiva, no se toma en consideración la resolución “por consideraciones extrañas al asunto” como expresiva del apartamiento del método y de la consiguiente “infrac-

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

ción del deber”. Si la resolución es indefendible, son irrelevantes las “consideraciones extrañas al asunto”⁸⁸.

Ninguno de ambos enfoques resulta totalmente convincente. Y ello por las siguientes razones.

Se han de compartir, en primer lugar, las críticas que se han vertido sobre el concepto de “defendibilidad” propio de los objetivistas⁸⁹. La razón esencial es que al utilizarlo contradicen el postulado esencial de la teoría, que es la contradicción con el Derecho. Lo “defendible”, puede decirse de entrada, es un concepto con gran predicamento en el mundo del Derecho. En efecto, una de las primeras ideas que se suelen exponer a un alumno en sus primeros días en la Facultad de Derecho es, precisamente, que, en Derecho, todo es discutible, así como que, con la debida argumentación, todo es defendible. Lo que supone insinuar que el Derecho puede llegar a ser una labor propia de sofistas, en que lo relevante, más a allá de la decisión justa, es la adecuada construcción de la misma, proceso en que la argumentación jurídica se encuentra en primer plano. Instintivamente, al ver el tratamiento que a la defendibilidad se le da por la teoría objetiva en relación con los casos llamados posteriormente por RUDOLPHI aplicación de leyes multívocas o de potestades discrecionales, recuerdo ese tópico, que me genera, de entrada, cierta reserva. Porque defendible es todo lo que sería asumible por la técnica jurídica, es decir, todo lo que se puede llegar a justificar racionalmente poniendo en relación las normas aplicables al caso y los medios o criterios de interpretación. O una valoración de los hechos que entrara dentro de lo lógicamente posible. Cuando se trata de ejercicio de potestades discrecionales o del arbitrio judicial, se incrementan aún más los márgenes de lo defendible.

Pero no todo lo defendible es conforme a Derecho (o conforme a la ley). Con mucho

⁸⁸ Refiriéndose a las interpretaciones jurídicamente discutibles pero posibles, indica MANJÓN CABEZA-OLMEDA que la prevaricación no puede castigar ni el disenso razonado ni el error en la aplicación del Derecho. Entre una decisión justa unánime y una prevaricadora hay varias opciones: la decisión justa aunque no única, por existir otra válida; la decisión inusual pero fundada en un método interpretativo aceptado como válido; la decisión errónea que ha de resolverse en vía de recursos y finalmente la decisión que puede el TC anular por vulneración del derecho a la legalidad penal. La prevaricación sería el último escalón de la enumeración hecha y no puede confundirse con los anteriores. Así, cuando una interpretación es posible por fundada, aun siendo novedosa o minoritaria, debe descartarse la prevaricación. Es la interpretación posible la que limita el ámbito del delito de prevaricación y no el delito de prevaricación el que cercena la libertad de interpretar. Pone también el acento esta autora en que La prevaricación no es un instrumento de unificación de doctrina ni de imposición de la misma y el TS no puede condenar por prevaricación al juez se separa de sus planteamientos, ya fijados en anteriores resoluciones o por fijar, a posteriori, en relación con una actuación judicial que venga a enjuiciar. MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., “Prevaricación e interpretación judicial...” *cit.* pág. 7.

⁸⁹ Cfr. RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial... cit.* pág. 300 y 301. En particular, indica que el criterio, por un lado, resulta excesivamente vago para satisfacer las exigencias del principio de determinación de la ley penal y, por otro, excluye del ámbito de la prevaricación casos que, desde un punto de vista político criminal, deberían ser incluidos. Cfr. también ABELLANET GUIOT, F., “La prevaricación judicial en el CP de 1995”, *RJC*, 1998/3 pág. 397 GARCÍA ARÁN, M., *op. cit.* pág. 117; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal Parte Especial*, Vol. 1, 14ª ed. Bosch, Barcelona, 1975, pág. 399; CUELLO CONTRERAS, E., *op. cit.*, pág. 1041.

menos ambición en el planteamiento, no todo lo defendible es adecuado al caso, ni, por qué no decirlo, justo. Y es que, si se defiende un concepto de Derecho suprallegal, no ya en sentido dualista, sino como conjunto del ordenamiento, el Derecho no persigue lo defendible y lo hace, por tal motivo, justo, sino que persigue una adecuada solución del problema que surge en un determinado ámbito de la sociedad conforme a la legislación y sistema de valores vigente.

Por esta vía, se llega, aunque por distintas razones, al mismo punto de insatisfacción que genera la teoría intermedia: poner el acento (aquí, mediatamente) en el medio de llegar a la decisión justa y no en la decisión justa en sí. No hay mucha diferencia en decir que la decisión es aceptable cuando sea defendible, que tener por correcta aquella decisión a la que se ha llegado a través del escrupuloso respeto de las técnicas de aplicación del Derecho. Porque, esta última será “defendible” y la “defendible”, para los objetivistas, será producto de la adecuada utilización de esos métodos.

Se encuentra, por tanto, cierta identidad entra la teoría objetiva y la teoría intermedia a la hora de tratar los supuestos que denominé, simplemente, dudosos. Ambas ponen el acento en estos casos en lo que pudiera denominarse “el método”, no en el resultado, aunque la teoría objetiva lo hace de un modo encubierto, pues aparentemente (sólo aparentemente) parece referirse al contenido de la resolución. Y las dos, igualmente a mi entender, prescinden de indagar cuál era la decisión correcta o necesaria.

En segundo lugar, se ha de rechazar, parcialmente, los postulados de la teoría intermedia. El motivo fundamental es que considero que, con la defensa del cumplimiento del deber del juez de hacer, en definitiva, un uso adecuado de la *lex artis*, se queda dicha teoría en la periferia del problema. Lógicamente, el incumplimiento de la misma es relevante. Pero, ¿hasta qué punto? En este sentido, si un cirujano en la mesa de operaciones, con el paciente anestesiado corta, por ejemplo, una arteria y permite que se desangre, pues quiere acabar con su vida, obviamente está infringiendo la *lex artis*, que le informa de que no se puede realizar tal acción porque puede provocar el desangramiento y la muerte. Pero aquí lo esencial no es la infracción de la *lex artis*, a la que no atiende, desde luego, sino la realización de una acción idónea para causar la muerte. Ante ésta, la *lex artis*, por así decirlo, pasa a un segundo plano. Y no se le va a imputar la muerte o su tentativa por el incumplimiento de sus deberes como médico en orden a dar el adecuado tratamiento quirúrgico al paciente, sino por realizar una acción de matar. Lo que se discerniría definitivamente en el estudio del tipo subjetivo. Es en relación con la imprudencia donde se desenvuelve con importancia el adecuado uso de la técnica propia del ámbito de peligro en que se desarrolla la conducta del agente⁹⁰.

⁹⁰ A esta cuestión se refiere GIL GIL cuando señala que la conducta típica es la conducta prohibida por la norma que subyace a cada tipo (norma de determinación), siendo así que a los delitos dolosos y a los imprudentes subyacen normas diferentes. El tipo doloso incluiría la prohibición de dirigir un curso causal hacia la producción de un resultado lesivo de un bien jurídico, mientras que tras el tipo imprudente se encuentra la prohibición de

Volviendo al juez y a la prevaricación y en lo referido a la prevaricación dolosa lo relevante no es el adecuado uso de la técnica jurídica, pues no es su incorrecta utilización lo que pena el precepto, sino el dictado de una resolución injusta. Porque, si de modo rudimentario y utilizando la técnica más burda, se llegó a un resultado adecuado, la conducta sería, o debería ser, atípica. Por el contrario, el empleo de alambicados razonamientos y cuidados recursos técnicos, con prolijas argumentaciones y citas de autoridad puede, en muchos casos conducir, al contrario, a una vergonzante injusticia. No quiere decirse con esto que los medios y métodos decantados secularmente por la Ciencia del Derecho no sean importantes. Son vitales y sin ellos difícilmente puede llegarse a una decisión razonable. Ahora bien, a los efectos del delito de prevaricación, no se les puede elevar a canon de lo justo y de lo injusto ⁹¹.

Consecuencia de lo expuesto es que ninguna de las tres teorías, salvo, en cierta medida, la teoría objetiva al resolver los casos no dudosos (en terminología de la teoría intermedia, los de aplicación de leyes “unívocas”), ofrece contenidos materiales del término “injusticia”. Establecer un mimetismo entre aplicación correcta de la ley, aplicación correcta del método o aplicación consecuente de la convicción del juez y justicia de la resolución (pues lo que no sea acorde con ello se considera, en los términos expuestos, típicamente injusto) excluye la indagación sobre qué puede considerarse justo o, por antítesis, injusto.

Cabe plantearse entonces, ¿es acertada esta decisión metodológica, en el sentido de que pueda afrontarse el problema de la injusticia de la resolución sin aportar un contenido material de “lo justo”? Pudiera suceder que los problemas de indeterminación que se aprecian en las tres teorías proceden de que se omite en el tratamiento del delito entrar en el espinoso asunto de propugnar contenidos materiales de justicia. O no. Ante la duda, prefiero, aun cuando pueda resultar infructuoso, intentar de modo somero una aproximación a la cuestión de la justicia en el derecho y en el proceso de aplicación y concreción del mismo.

Es útil para comenzar lo que se pregunta GIL CREMADES al prologar su traducción de la obra de ENGISCH⁹² “La idea de concreción en el Derecho y en las ciencias jurídicas actuales”: “El jurista, ¿puede constatar una verdad -¿existe una “verdad jurídica?”- o sólo una corrección formal de sus procedimientos cognoscitivos? He aquí, de un trazo toda la problemática de la ciencia jurídica contemporánea”. El tema de la verdad jurídica, añade el citado autor, “se plantea propiamente en la aplicación de lo general, de lo típico, tal como es considerado por el jurista,

realizar una conducta que el ordenamiento considera descuidada por entrañar un riesgo no permitido de lesionar un bien jurídico. GIL GIL, A., en *Curso de Derecho Penal... cit.*, pág. 205.

⁹¹ Pone de relieve MUÑOZ CONDE que la determinación de la injusticia supone una valoración que debe realizarse en función del caso concreto y en atención a postulados de justicia material y no puramente formalistas. Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 2015, *cit.* pág. 806 y 807.

⁹² ENGISCH, K., *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, reed. 1968), trad. GIL CREMADES J. J., Comares, Granada, 2004, pág. 36.

al caso concreto, con sus circunstancias específicas; esto es, al concretar. La decisión judicial, ¿es propiamente verdadera o sólo puede hablarse de ella en términos de corrección práctica?”

De este razonamiento puede extraerse que, o la justicia se identifica con la verdad jurídica y a su vez, ésta, con la corrección conforme al Derecho positivo, o bien es algo externo y trascendente al mismo. Llegamos con esta dualidad a una de las preguntas esenciales por no decir la esencial, del devenir histórico de la ciencia jurídica.

KARL LARENZ, en su opúsculo “*Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica*”⁹³ afirma que concierne por igual a filósofos y a juristas la cuestión de determinar los requisitos que un ordenamiento jurídico tiene que llenar para ser considerado como un derecho justo o, lo que es lo mismo, conforme a la justicia. Pues de acuerdo con una larga tradición de la filosofía occidental, la tarea de los filósofos consiste en buscar la unidad que subyace bajo la multiplicidad de las normas y de las decisiones, buscar dónde está la razón última de la validez. La tarea del jurista, en cambio, consiste en buscar decisiones justas en casos concretos.

1.2. La búsqueda de contenido para el concepto de lo justo y lo injusto en la Filosofía del Derecho

Parece, por tanto, que el acercamiento al contenido de lo justo es una tarea filosófica y práctica, según se enfoque como concepto general y sistémico o como aplicación del mismo al caso concreto. De todas maneras no puede negarse que lo trascendente habrá, al menos, de reconocerse en lo inmediato.

Como indagar contenidos de justicia es pues, tarea filosófica, conviene la aproximación desde el prisma de esta disciplina.

Expone KAUFMANN⁹⁴ que hay tres disciplinas filosóficas fundamentales: la ontología, la teoría del conocimiento y la teoría de la existencia. A cada una de estas disciplinas le corresponde una actitud especial, un posicionamiento muy específico ante el mundo y cada uno tiene sus propias épocas.

Expone el citado autor que la ontología estudia el mundo como objetividad. Su interés primordial es el ser, el objeto, partiendo de que existe independiente de nuestro pensamiento. Una filosofía del Derecho objetivista partirá de que existe un orden natural de las cosas y de las relaciones y de que allí donde conviven los hombres en comunidad se da de forma natural el

⁹³ LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* (“*Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik*”, CH, Beck, Munich”) trad. de Díez PICAZO, L., Civitas, Madrid, 1985, pág. 19 y ss.

⁹⁴ KAUFMANN, A., “Las fuentes originarias de la filosofía del Derecho” en *Filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica en el pensamiento jurídico contemporáneo* (“*Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*”), VVAA, KAUFMANN, A. y HASSEMER, W. (coord.), ed. Española a cargo de GREGORIO ROBLES, Debate, Madrid, 1992, pág. 36 a 45.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Derecho. Porque, “¿cómo es posible que quien estima que el Derecho es un mero instrumento de poder en manos de los hombres pueda plantearse el problema de un derecho justo en su mismo ser e inasequible al arbitrio humano?” Una verdadera teoría del Derecho natural sólo es posible si el Derecho es concebido como una realidad subsistente en sí misma, con independencia de nuestro pensamiento y de nuestra voluntad, por lo que es, en último término, una ontología jurídica, aunque no necesariamente sustancialista.

Concluye KAUFMANN que tan sólo las generaciones que poseen una gran confianza en sí mismas y el mundo se inclinan por el Derecho natural. Este pensamiento se encontraría en Platón, en Aristóteles, en Tomás de Aquino o en Goethe.

La teoría del conocimiento, continúa el jurista y pensador alemán, estudia el mundo como subjetividad. Se pone en cuestión todo aquello que es susceptible de percepción y de saber, de tal modo que se demuestre qué es lo que se resiste a la duda radical y, por tanto, puede valer realmente como certeza. Este es el problema de DESCARTES, que eleva a principio el someter a la duda todo lo que sea susceptible de ella y de KANT. No se trata tanto de la cosa, del objeto, del ser, como del conocimiento, la conciencia, el método.

En la filosofía del Derecho, el problema esencial deja de ser el Derecho justo para pasar a serlo el del conocimiento del Derecho. Al negársele al Derecho su propia onticidad se lo convierte en un mero concepto nominal (denominación genérica) que designa el conjunto de leyes creadas por la omnipotencia del legislador (positivismo). Sobre esta base es imposible comprender lo que significa la idea del Derecho natural, que, a lo sumo, se considera como un producto de la teoría y la filosofía del Derecho, que se ve reducida a ser una mera Teoría general del Derecho.

Finalmente, señala KAUFMANN, la filosofía de la existencia se ocupa del mundo como proceso de autorrealización. Surge como consecuencia del estremecimiento existencial que acontece al hombre (individual, sociedad o humanidad) cuando se encuentra ante las situaciones límite del existir, que no puede superar ni alterar y en las que experimenta las limitaciones de su propio ser, el carácter inacabado del mundo por el que cotidianamente se preocupa: la culpa, la enfermedad, la muerte, la guerra. Al percatarse de sus limitaciones y de su impotencia, el hombre se plantea el problema de su existencia.

En el ámbito de la filosofía del Derecho acontece cuando se experimenta el inevitable fracaso de nuestro derecho terrenal y su fragilidad radical si se lo mide con los patrones de los valores absolutos. Citando a RADBRUCH, “sólo es buen jurista quien lo es con mala conciencia, esto es, quien es plenamente consciente en todo momento de su vida profesional de que su tarea

es algo necesario y, a la vez, algo profundamente cuestionable”⁹⁵. Es éste, afirma KAUFMANN, un pensamiento de índole filosófico existencial. En sus propias palabras, “El jurista que cierre sus ojos ante las limitaciones y las imperfecciones del Derecho y ante su naturaleza dudosa y cuestionable (que es tal y como se presenta ante nosotros) se abandonará ciegamente a su imperio y será presa de las desgracias e injusticias que de ello resulten. Esta actitud caracteriza tanto al positivista como al iusnaturalista. El primero sólo tiene en cuenta la ley, cerrándose de modo absoluto frente a cualquier elemento suprallegal del Derecho y volviéndose impotente frente a cualquier proceso de perversión de éste. El iusnaturalista presta escasa atención a la ley positiva, apoyándose en normas que nos vienen dadas de antemano pero que no pueden hacerse patentes al conocimiento de una forma clara. El resultado que se obtiene es el de la inseguridad jurídica y la arbitrariedad. Las dos teorías desconocen el modo de existir del derecho, por lo que ninguna da cumplida cuenta del Derecho tal como es”.

Ambas posiciones –la objetivista y la subjetivista- expone KAUFMANN, se encuentran atrapadas en el esquema sujeto-objeto aunque en cada una de ellas con un signo inverso a la otra. Este esquema de pensamiento se ha puesto hoy en cuestión, incluso en las ciencias naturales y en cualquier caso, no es adecuado para las ciencias comprensivas de carácter hermenéutico. Por todo ello postula ceder el paso al pensamiento personalista.

Estas perspectivas referenciadas mediante la exposición de KAUFMANN son fácilmente reconocibles en el enfoque teórico del elemento de la injusticia inserto en el delito de prevaricación judicial.

Así, la teoría objetiva, de claro sesgo positivista, como su propio nombre indica, adopta una posición objetivista, tomando como canon prácticamente único de ponderación de la justicia su concordancia o no con lo que dispone el derecho positivo. Será justo lo que derive de la aplicación correcta del mismo.

La teoría intermedia o de los deberes (y la objetiva al manejar el concepto de lo defendible) atiende principalmente al método para solventar las carencias observadas en la teoría objetiva. No ya por considerar la duda como base esencial del conocimiento, sino por defender esencialmente el seguimiento del método jurídico. Vemos, por tanto, que la cuestión de lo justo pasa realmente a un segundo plano.

Sin que sea éste el lugar para postular un acercamiento “existencialista” al mundo del derecho y de la justicia, frente a los excesos y carencias ontológicos que, respectivamente, pudieran representar la teoría objetiva e intermedia, entiendo insoslayable la aludida reflexión de RADBRUCH acerca de que la tarea del jurista es algo necesario y, a la vez, algo profundamente

⁹⁵ RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie*, 8ª ed., 1973, pág. 204. En castellano, RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, trad. MEDINA ECHEVARRÍA, J., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1933; hay reimpresión en Granada, Comares, 1999, la cual es la traducción de la 3ª edición de la *Rechtsphilosophie*, de 1932.

cuestionable, dadas las limitaciones y las imperfecciones del Derecho y su naturaleza dudosa. Sólo desde este punto de partida puede afrontarse el juicio sobre la justicia de una resolución judicial a la hora de exigir responsabilidad penal a quien la dictó. Y es que, hasta el momento, no se conoce un modelo teórico o práctico que permita, sin ambages, decantar la solución “ideal”. Como tampoco, dada la casuística en que se diluye el ejercicio de la jurisdicción, parece factible fijar como incontrovertido, desde la perspectiva que se prefiera, contenidos de justicia fácilmente reconocibles a la hora de juzgar la respuesta a un caso.

1.3. La búsqueda de contenido para el concepto de lo justo y lo injusto en la ciencia del Derecho

Estas limitaciones en el ámbito de la filosofía se advierten igualmente atendiendo a la evolución de la ciencia jurídica en los dos últimos siglos.

1.3.1 Somera visión de la evolución de la ciencia jurídica

Podría decirse que los albores del siglo XIX suponen un punto de ruptura con la tradición iusnaturalista imperante en la época precedente ⁹⁶.

⁹⁶ En relación con los orígenes y evolución de la doctrina del Derecho natural, afirma RODRÍGUEZ MOLINERO que retrotraer la distinción entre un Derecho históricamente inmutable y un Derecho históricamente variable a etapas anteriores a la sofística griega no parece acertado. PLATÓN vendrá a afirmar la existencia independiente de lo justo y de lo injusto como entidades esencialmente eternas sin necesidad de apelar a un Dios legislador, alojándose ambos conceptos en el mundo de las Ideas. Ello se desprende de la respuesta a la pregunta “¿Es lo justo en sí, porque le place a los dioses, o le place a los dioses porque es justo en sí?: Lo justo le place a los dioses porque es justo en sí, pero no es justo en sí porque le plazca a los dioses” (*Eutyphron* 10, A-E). Por su parte, ARISTÓTELES, en la *Ética a Nicómaco*, se fijará en el ámbito de variabilidad espacial de los órdenes jurídicos, que mediatamente se refiere al problema de lo permanente y lo mudable en el Derecho. Distinguiendo lo justo natural y lo justo legal dentro de lo justo válido en una comunidad jurídica, señala que lo justo natural tiene validez en todas partes, mientras que lo justo legal puede ser de una u otra manera. Aun así, uno y otro son mudables. La diferencia estriba en que en lo justo legal o convencional es la medida la que varía, que no es la misma en todas partes, como no lo son los regímenes políticos, si bien sólo uno es, por naturaleza, el mejor en todas partes.

Posteriormente, ya en el mundo romano, la escuela estoica establecerá la distinción trimembre al separar en el orden ideal la *lex aeterna* de la *lex naturalis*, correspondiendo el tercer grado a la *lex humana*. El concepto de ley pasa al primer plano usurpando la primacía a los conceptos de naturaleza y de lo injusto, que serán lo que ella determine. Por el contrario, en la época clásica, el primer lugar vuelve a corresponder a lo justo del caso concreto, ocupando de nuevo el concepto de justicia primacía sobre el de ley, concibiendo el Derecho natural como lo justo concreto. Se define el Derecho como la ciencia de lo justo y de lo injusto o como el *ars boni et aequi*.

En contra de lo que pudiera parecer, el cristianismo encontraba bastantes obstáculos para una fácil aceptación de la idea del Derecho natural. Fundamentalmente, porque la concepción cristiana primitiva del mundo era esencialmente dinámica y no dependiente de un concepto estático y metafísico de orden, dado que la alianza o pacto entre el hombre y la divinidad se rompe y restaura en sucesivas ocasiones, según la narración bíblica. A finales del siglo II y principios del siglo III, la patrística se encontró con el problema de cómo compaginar el saber teológico, basado en la revelación bíblica, y el filosófico, basado en la razón discursiva. Será SAN AGUSTÍN quien efectúe una construcción sistemática de los elementos anteriores. Para él, la ley eterna es inmutable, pero no implica un orden eternamente necesario, sino un orden por Dios libremente querido, es decir, lo justo carece

En conjunto, señala RODRÍGUEZ MOLINERO⁹⁷ que la Escuela histórica del Derecho supone una exaltación de la tradición histórica popular y de la realidad empírica histórica. En este sentido, significa una reacción contra la mentalidad del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, así como contra la mentalidad de la Revolución francesa, que, con su fe en el poder absoluto de la razón, concedía poco valor a la tradición pretérita. FEDERICO CARLOS VON SAVIGNY cofundador de la Escuela Histórica del Derecho, desde su oposición a las escuelas del Derecho Natural tardío, entiende que la ciencia del Derecho es histórica y filosófica, dando a filosófica el significado de sistemática, en cuanto que reconducible a la unidad. La interpretación es la reconstrucción de la idea expresada en la ley, en cuanto es cognoscible a través de la ley. Consta de tres elementos: lógico, gramatical e histórico. Rechaza la interpretación teleológica porque ha de atenerse el juez a lo que el legislador ha dispuesto, no a lo que se ha propuesto. Y presenta una naturaleza orgánica tanto por la conexión viva de sus partes como por su progresiva evolución. Las reglas jurídicas son inferidas de la contemplación total de los institutos jurídicos por la vía de la abstracción. La Ciencia del Derecho tiene encomendada la superación de la desproporción entre la forma abstracta de la regla particular y la contemplación del instituto jurídico. En sus obras de madurez admitirá tomar en cuenta el fin o fundamento de la ley, pero no como parte integrante de ella, sino como motivo de la interpretación y con gran prudencia⁹⁸.

Este movimiento desembocará en la jurisprudencia de conceptos hasta la irrupción del concepto positivista de ciencia, cuyos defensores para el ámbito jurídico postularán una aproximación al derecho a través de los métodos de las ciencias empíricas. Es contrario al derecho natural iusracionalista y a la orientación metafísica de la filosofía idealista alemana. Restringe la ciencia a los hechos y a su legalidad empíricamente observable, desterrando lo relativo al sentido o valor objetivamente válidos, por no ser aprehensibles racionalmente. La “justicia” puede tener validez para la conciencia moral del individuo, pero no es accesible al conoci-

de perseguidos. El concepto esencial de naturaleza humana depende del orden natural creado. Originariamente, en su estado histórico primero, la naturaleza humana realizaba plenamente tanto la ley eterna como la ley natural, ya que ésta no es más que la impresión de aquella en la criatura racional. Al ocurrir la caída original, la naturaleza humana se corrompe, varía, y desde entonces será, por lo menos cuestionable, si de hecho observa o incluso si puede observar la ley natural. De ahí la tradicional disyuntiva de si la naturaleza racional del hombre puede determinar lo justo y lo bueno como antes de la caída. Esta concepción jerarquizada de la ley, escalonada en tres grados, contiene el esquema fundamental del iusnaturalismo medieval, aceptado después como doctrina tradicional por el catolicismo. Igualmente es el germen del tratamiento de la cuestión en el protestantismo a partir de Lutero, para manifestarse con pujanza ya en el pensamiento del siglo XVIII. Sólo que con la secularización del pensamiento se sustituirá por la teoría hipotética de los dos estados históricos propugnada por HOBBS y ROUSSEAU. E igualmente el concepto de la “caída” tendrá eco en el pensamiento existencialista; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Derecho Natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, CSIC, Madrid, 1973, pág. 38-80.

⁹⁷ RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.* pág. 78 a 80.

⁹⁸ Expuesto por LARENZ en LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1ª ed. cast. RODRÍGUEZ MOLINERO, M., Ariel, Madrid, 2001, pág. 31 a 39.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

miento científico y no es un posible principio de una Ciencia positiva del Derecho ⁹⁹. Dentro de este movimiento surgirán, entre otras corrientes, la jurisprudencia de intereses y la escuela del Derecho libre. En la jurisprudencia de intereses, su método es para la Ciencia práctica del Derecho, que equipara a la tradicionalmente denominada Ciencia Dogmática. Entienden sus seguidores que la meta final de la jurisprudencia de los tribunales y de la resolución judicial es la satisfacción de las necesidades de la vida, tanto materiales como ideales, existentes en la comunidad jurídica. Estas apetencias y tendencias apetitivas se denominan “intereses”.

Posteriormente surgirá la corriente filosófica del irracionalismo o (voluntarismo), contraria al racionalismo del siglo XVIII (filosofía de CHRISTIAN WOLF y Derecho Natural) y a la creencia absoluta en la validez absoluta y cognoscibilidad de las leyes naturales y en una previsibilidad del curso histórico, teniendo como representantes a NIETZSCHE, SCHOPENHAUER y BERGSON. En la ciencia del Derecho se hizo valer a través del movimiento del Derecho libre, siendo su precursor OSKAR BÜLOW en “Ley y Judicatura”. Para esta corriente, todo litigio representa un problema jurídico particular para el que la ley no contiene todavía la disposición jurídica pertinente y tampoco se puede derivar de las disposiciones legales con la seguridad absoluta de una conclusión lógica vinculante. Se confía al juez elegir aquella disposición que le parezca más recta por término medio. Juzgamiento, interpretación y desarrollo de la ley son tareas creadoras, no concretando BÜLOW si ha de seguir criterios objetivos (fin de la ley, naturaleza de la cosa, concordancia con un principio jurídico) o subjetivos (su sentimiento jurídico).

Giro al subjetivismo de la escuela del derecho libre en sentido estricto lo produjo el polémico escrito de GNAEUS FLAVIUS (HERMANN KANTOROWICZ) aparecido en 1906. Propugna que al lado del Derecho estatal está el Derecho libre, que es creado por el juicio jurídico de los miembros de la comunidad jurídica, por la jurisprudencia judicial y por la Ciencia del Derecho. Es, como todo Derecho, producto de la voluntad. La voluntad de llegar a una resolución previamente segura guía la selección de los pasajes legales que fundamentan tales resoluciones. La deducción lógica es “apariencia vacua”; no está al servicio de la verdad, sino del interés. En tal sentido señala HERMANN ISAY ¹⁰⁰ que el valor de la justicia es absolutamente inaprehensible para el entendimiento pero, al tender la resolución, como acto jurídico, a la justicia, surge de modo irracional, engendrada por el sentimiento jurídico. La resolución así hallada tiene que someterse al control de las normas y, dado el caso, ser rectificada con base en las normas ¹⁰¹.

Desde otra perspectiva, también ligada al positivismo, surge la teoría pura del Derecho, de HANS KELSEN. Es una teoría radicalmente realista que renuncia a valorar el Derecho positivo. No se puede determinar lo que se puede estimar bueno o malo, justo o injusto, en todas

⁹⁹ LARENZ, K., *Metodología...*, cit. pág. 59 y 70 a 81.

¹⁰⁰ Rechtsnorm und Entscheidung, 1929, pág. 56.

¹⁰¹ LARENZ K., *op. cit.* pág. 81 a 85.

las circunstancias, de ahí que rechace toda doctrina del Derecho natural. El contenido de las normas jurídicas no está predeterminado de modo alguno por la razón, la ley, la moral o una teleología inmanente, sino que es arbitrario. No existe una conducta humana que como tal estuviera excluida de ser contenido de una norma jurídica. La norma no vale porque tenga un contenido determinado, sino porque ha sido creada de un modo determinado legitimado, en último término, por una Norma fundamental propuesta, que determina cómo deben ser producidas las normas generales e individuales. Dicha Norma no es establecida, sino presupuesta por la Ciencia del Derecho. La Constitución se produce al aplicar la Norma fundamental, que es la única que no es producida por un acto de voluntad, sino sólo presupuesta mentalmente ¹⁰².

Afirma LARENZ ¹⁰³ que, paralelamente a todo lo expuesto, a principios del siglo XX se producirá, de modo coetáneo al desarrollo del positivismo, una renovación de la filosofía del Derecho. STAMMLER introdujo un movimiento filosófico que se apartaba del positivismo y afirmaba el historicismo del Derecho, aspirando a ser una síntesis de las dos grandes corrientes espirituales: el Derecho natural y el historicismo. A comienzo de los años veinte alcanzó su punto álgido el movimiento procedente del neokantismo, se prolonga parcialmente en el neohegelismo y surge, a su lado, una dirección, la fenomenológica, de influencia sobre todo en el Derecho penal ¹⁰⁴.

¹⁰² LARENZ, K., *op. cit.* pág. 90 a 104. KELSEN H., *Teoría Pura del Derecho (Reine Rechtslehre)*, trad. ROBLES G., Trotta, Madrid, 2011

¹⁰³ *Op. cit.* pág. 104. Como corrientes surgen La “Teoría de la Ciencia del Derecho” de STAMMLER, el neokantismo “alemán sudoccidental” y la Teoría de los valores, Idealismo objetivo y dialéctica, todos ellos mediante una revalorización de los valores y la eticidad del Derecho, con base en el pensamiento KANTIANO aunque también hegeliano.

¹⁰⁴ GIL CREMADES, en su prólogo a la obra de ENGISCH *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales*, hace una descripción del panorama filosófico y metódico de la Ciencia del Derecho en España a partir del siglo XIX, señalando que durante el mismo se produce una grave escisión intelectual. Citando a LEGAZ señala que, si bien GINER DE LOS RÍOS mantiene su presencia en la cátedra de doctorado de “Filosofía del Derecho” de la Universidad Central, la verdad es que, hasta 1930, casi todas las cátedras de “Derecho Natural” estaban ocupadas por escolásticos de estricta observancia y que, por tanto, en el primer tercio del siglo XX, la recepción de tendencias, formalistas o no, abstractas o concretas, había tenido lugar en aquellos círculos que no tenían que ver de manera directa con las cátedras de Derecho Natural. La recepción encontró por ello su instrumento más apropiado en la traducción. Por esta vía, la recepción en España de la ciencia jurídica alemana durante el siglo XIX abarca desde el idealismo krausista o hegeliano, paralelo a la influencia de SAVIGNY en los juristas catalanes, hasta la influencia del concepto positivista de la ciencia en la teoría del Derecho, evidente, sobre todo, en la jurisprudencia pragmática del segundo IHERING. KRAUSE es la disonancia; en Alemania este filósofo no tiene relevancia en la vida jurídica. En España sí.

En los comienzos del siglo XX los neokantianos STAMMLER y DEL VECCHIO fueron un estímulo. Intentaban rescatar para el Derecho el concepto de ciencia que le había arrebatado el positivismo. Pero al no darse en España, filosóficamente, un positivismo jurídico, el formalismo neokantiano no hacía sino reafirmar el humanismo, más o menos difuso, de los restos que quedaran de krausismo jurídico, o de la escolástica reinante. Hasta que irrumpa en España la obra de KELSEN, actuaba paralelamente al formalismo un cierto objetivismo material o concreto. No se trata de autores germánicos absorbidos por el espíritu de Weimar, sino los franceses DUGUIT y HAURIOT. Y ello, sobre todo, tras la crisis de la República de Weimar y la Revolución rusa de octubre de 1917, que intensificarían tal influencia y darían acogida, por otra parte, a las teorías corporativas, las cuales cesarían en su influencia con la caída

1.3.2 Valoración del curso histórico expuesto y propuestas metodológicas

Habiendo partido, al iniciar este capítulo, de que el problema de la justicia y la injusticia era un problema primariamente filosófico, se advierte que tampoco desde la perspectiva filosófica se puede ofrecer una respuesta adecuada respecto de lo que pudiéramos entender como contenidos de justicia.

Por otra parte, desde de la ciencia jurídica, incluso desde las posiciones más normativistas, cabe también descartar que la justicia o injusticia de una resolución pueda descansar exclusivamente en el adecuado atendimiento o no a las normas objetivamente aplicables para la resolución del caso¹⁰⁵.

Paralelamente, se pone de manifiesto que el subjetivismo judicial es un elemento integrante del proceso constructivo de la resolución que no puede soslayarse u ocultarse y menos negarse. Y ha de entenderse el término en un sentido muy alejado de arbitrariedad, referido a la decantación que el juez, conforme a su cultura, formación y experiencia jurídicas, pueda llegar a hacer de la decisión que se le somete, las cuales, visto desde un punto de vista racional, no

de la monarquía tras el Directorio de Primo de Rivera. En esta época, la aparición de RECASENS SICHES supone el inicio del conocimiento de Kelsen, esto es, la suprema teoretización del positivismo y la manifestación del alcance que en la explicación del fenómeno jurídico, han tenido la fenomenología de Husserl y la filosofía material de los valores de Hartmann y Scheler, así como el neoKantismo sudoccidental de Radbruch. Aquel sirve de confrontación, estos de contenido, de concreción. Contemporáneamente, la presencia de Ortega y el pensamiento de Zubiri decanta estas instancias. Sammler, Radbruch o Reinach significaba, dentro de sugerencias positivistas, un intento de superación aunque se evidenciaba, en aras de un objetivismo, cierto formalismo. Cuando en los años de crisis se pregunte por los contenidos, la actitud había de ser de revisión. En España, la primera parte del proceso se llevaría a cabo en torno a la orteguiana “Revista de Occidente”, que introduce entre nosotros la fenomenología y la filosofía de los valores. Y la segunda cuando los pensionados españoles en Alemania antes del inicio de la Guerra Civil dirijan su atención a Hermann Heller y Carl Schmitt. Los mismos estudios sobre la Escuela Española del Derecho Natural, iniciados ya antes de la Guerra Civil reafirman el humanismo y en última instancia el personalismo que constituirán en España el denominador común de la filosofía jurídica posterior. Todo ello facilitará el entendimiento del renacer del Derecho natural en la Alemania que surge de la catástrofe. El existencialismo, filosofía dominante en el continente europeo después de la contienda mundial, sólo muy posteriormente ha encontrado eco en la doctrina alemana y en España sólo alcanzaría eco con peculiares características al aplicarse al Derecho en autores como Legaz y Elías de Tejada. Gil Cremades *op. cit.* pág. 14 y ss.

¹⁰⁵ Kaufmann califica de ingenua la idea de que el juez deriva su decisión de la ley y que subsume el caso en la norma del código. Carece de sentido, señala, empeñarse en que el juez tenga que atenerse estrictísimamente a la ley, desconociendo la vaguedad y porosidad de los conceptos legales o la diferente manera que tienen los jueces de comprenderlo. La consecuencia de tal exigencia rigurosa no es que se atengan exactamente a los preceptos legales, sino que hagan como si siguieran a la ley. Si la jurisprudencia se la somete a una obediencia ciega a la ley desatendiendo las condiciones de la actuación judicial el juez seguirá en todo caso estas condiciones, pues no tiene alternativa, pero para satisfacer la obligación aludida, esconderá la inseguridad producida por los factores situacionales de su interpretación detrás de una verdadera manifestación de seguridad, inmutabilidad y carencia de lagunas. Y con ello sucederá lo que se quería evitar con este principio: que el inevitable cambio de la jurisprudencia y de los elementos determinantes permanezcan ocultos. Kaufmann, A. *El pensamiento jurídico contemporáneo... cit.* pág. 202 y ss.

pueden ser iguales en todos ellos, lo que, desde luego, influye en la adopción de la decisión.

Afirma en este sentido ENGISCH que si se busca lo correcto, lo acertado, debe poner (el juez o jurista) en acción su yo, estableciendo contacto con los demás hasta dar con una cierta “trans-subjetividad”, pero sin que esto le exima de introducir su yo en la decisión concreta. Esta personalidad se inserta en la decisión y la mantiene. En ello residen la responsabilidad y dignidad, limitación y orgullo de los juristas¹⁰⁶. La lógica jurídica, ha afirmado, es una lógica material. No ha de enseñarnos artificios mediante los que se pueda llevar a cabo, del modo más expedito posible, las tareas jurídicas mentales, sino que debe invitar y estimular a la reflexión sobre el proceso del conocimiento jurídico, tan difícil de penetrar.

Sin embargo y por ello, razona ENGISCH, “la inseguridad propia del pensamiento jurídico¹⁰⁷ puede irritarnos”. La inseguridad dimana en última instancia de algo específicamente jurídico: la ley no lo determina todo. La desconfianza hacia el juez, propia de la Ilustración, había llevado a la presunción de que el juez sólo ha de actuar frente a la ley como un autómatas. Hoy ese optimismo ha quebrado, y el mismo legislador es consciente de ello, cuando sus leyes contienen conceptos indeterminados (vgr., peligro), conceptos normativos (no descriptivos) referidos a valores, remisiones a la libre discrecionalidad del juez, en conexión con un criterio objetivo de lo justo que no excluye, sin embargo, la valoración del juez o la existencia de cláusulas generales, cuya estricta objetividad es siempre problemática, sin que ello suponga inexorablemente irracionalidad de la decisión ya que el juez se orienta axiológica y teleológicamente.

En todos estos casos se trata de hacer factible la concreción del Derecho, esto es, de dar con el *ius aequum*. Para ello, la tarea de la subsunción es sumamente compleja. Se exigen valoraciones, decisiones voluntarias, que no por ello son arbitrarias, pues, al menos formalmente,

¹⁰⁶ ENGISCH K, *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 1956; 9ª ed. editada por Thomas Würtenberger and Dirk Otto, Stuttgart 1997 pág. 5

¹⁰⁷ Identifica, a tal efecto, dos problemas fundamentales. Uno, que la constatación de hechos no lleva consigo que tal resultado pueda ser objeto directo de subsunción en la norma. Otro, que la norma no siempre es unívoca; de hecho, el pensamiento jurídico tropieza con la equivocidad del sentido de las normas generales. A ella se aplica la tarea de la interpretación. Y ya en el seno de ésta, descubrir el sentido de las prescripciones jurídicas, con los métodos de interpretación que parten de la fijación que de los mismos hizo SAVIGNY. En relación con éstos, enfatiza ENGISCH que no es fácil delimitar y distinguir la interpretación sistemática de la teleológica, ni ésta de la histórica entendida como situar históricamente la voluntad del legislador. Por otra parte, el fin del legislador concurre con otras ideas y fuerzas, que son propiamente fines, y que pueden ser elementos decisivos para la comprensión de las normas, como los principios éticos, las exigencias de justicia e igualdad, postulados políticos e ideológicos, fuerzas irracionales como el poder y el odio, etc... Y la primacía que cada método pueda reivindicar frente a los demás, así como la coordinación de los mismos, constituyen por sí una serie de problemas que no pueden resolverse a no ser que se abandone el terreno pragmático para pasar a la “comprensión” desde posturas filosóficas, culturales, políticas. KAUFMANN, de acuerdo con ENGISCH, concluye que hay que admitir que una jerarquía de argumentos determinada clara y racionalmente no existe y que sobre el valor y la jerarquía de un medio interpretativo decidirá, en último término, el intérprete mismo. KAUFMANN, A. *El pensamiento jurídico contemporáneo... cit.* pág. 129 y ss.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

la decisión personal está delimitada legal y supralegalmente y se somete a reglas teleológicas y axiológicas. Y es que, “todo lo vivo no se deja racionalizar en su totalidad. El legislador está llamado a construir diques fuertes y forzar el curso de la jurisprudencia por un sistema dirigido de canales, pero tropieza siempre con los límites de su ingeniería, allí donde sería imposible o, al menos, inconsecuente, seguir adelante en esa dirección”¹⁰⁸.

Aplicando estas reflexiones de ENGISCH al objeto de este trabajo, aparece con nitidez que no es posible establecer, a priori, un contenido normativo al término justicia que lo entronque con la misma entendida como valor, principio o aspiración. Igualmente, que el proceso de aplicación del derecho es relativamente complejo dada la intervención de diversos factores (los puramente normativos, los subjetivos del aplicador del Derecho y las circunstancias del caso concreto) de modo que no puede reducirse un eventual contenido normativo de la “injusticia” en sentido típico a una contravención de la norma aplicable o lo que es más, al solo desacierto en la decisión. Como tampoco y por lo que hemos visto, a la falta de seguimiento de un método cuyos contornos son más difusos que los de las normas a interpretar y aplicar con el auxilio de los mismos.

Habrà de atenderse, en todo caso, al proceso de concreción del derecho para el caso particular, mas visto desde la perspectiva de quien es sujeto activo del delito objeto de estudio, el juez o magistrado que ha de dictar una resolución judicial y en atención a la función que, más allá de su condición de jurista, ha de desempeñar.

Ofreciendo una visión general de la evolución expuesta, se señala por KAUFMANN que “la acentuación unilateral del aspecto racional e ideal en el Derecho en las doctrinas del Derecho natural racionalista de los siglos XVII y XVIII habrían de buscar necesariamente su liberación en la escuela histórica del Derecho y a la postre en el positivismo jurídico. El positivismo jurídico del siglo XIX cumplió una misión histórica, la de redescubrir el aspecto existencial del Derecho, su positividad. Pero tras el desmesurado abuso cometido con el Derecho y avalado en nuestro siglo por una concepción extremadamente positivista, nos compete hoy la tarea de dedicarnos a los criterios esenciales del Derecho de carácter material y, sobre todo, al problema de la justicia o rectitud, que irresponsablemente ha estado abandonado durante mucho tiempo”¹⁰⁹.

LARENZ concluye¹¹⁰ que la aportación indiscutible de la jurisprudencia de conceptos fue la elaboración de un sistema abstracto conceptual, construido bajo el sistema de la subordinación de conceptos más especiales bajo otros de muy amplia extensión pero de contenido más reducido. Fue útil para la ordenación externa de nuestras leyes y numerosas divisiones conceptuales

¹⁰⁸ ENGISCH, K., *Einführung in das juristische Denken... cit.* pág. 131 y 132.

¹⁰⁹ Capítulo “Las fuentes originarias de la filosofía del Derecho” en KAUFMANN, A., *Filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica en El pensamiento jurídico contemporáneo (Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart)*, VVAA... cit. pág. 32.

¹¹⁰ *Op. cit.* pág. 156 a 166.

(Derecho público-Derecho privado, inter partes-erga omnes, nulidad-anulabilidad). Todavía hoy sirve de orientación en amplia medida a los juristas y sirve para el hallazgo de las normas legales en cada caso, pero no es exacto para el conocimiento de conexiones jurídicas o para la solución de problemas manifiestos.

De ahí que ENGISCH señale que el ideal del método axiomático deductivo (propio de la Matemática o de una Ciencia calculizada) no pueda ser realizado en la jurisprudencia. Pero es irrenunciable la idea de sistema, por lo que se imagina un sistema de principios jurídicos directivos, plenos de sentido y unidos entre sí, que se sirve de determinados conceptos y criterios clasificatorios, sin poder pretender nunca para ellos una validez general o completud. LARENZ añade que la Ciencia tiene que desarrollar continuamente, a partir de todo el orden jurídico, sus conexiones de sentido inmanentes y hacer transparente y comprensible ese todo como una conexión de sentido.

No podemos creer, por tanto, enfatiza LARENZ, que “sea posible un conocimiento definitivo, incluso sólo de aquello que es justo “en sí” en las condiciones actuales, de lo que es indubitablemente recto. Podemos creer, en todo caso, tener a mano, aquí y allí, un cabo del hilo, cuyo fin está para nosotros en la oscuridad. Si esto es así, la única forma todavía posible de pensamiento sistemático es el sistema abierto y hasta un cierto punto móvil en sí, que nunca está acabado y puede ser puesto constantemente en tela de juicio”.

Partiendo de estas limitaciones y cautelas es como se ha de configurar el elemento típico de la injusticia en el delito de prevaricación judicial dolosa. En aras esta configuración ha de hacerse una primera delimitación, consistente en determinar cuál es el objeto de protección, o lo que es lo mismo, qué sentido tiene la tipificación de este delito y qué conductas se pretenden evitar.

2. OBJETO DE PROTECCIÓN DEL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Los delitos contra la Administración de Justicia se tipifican en el Título XX, del Libro II CP, en cuyo seno se ubica el art. 446, que tipifica la prevaricación judicial dolosa. Señala MUÑOZ CONDE ¹¹¹ que este Título “adolece de cierta vaguedad e imprecisión respecto al bien jurídico protegido e incluso algunos de los delitos que contiene afectan más a otros bienes jurídicos que a la Administración de Justicia misma. A pesar de todo, lo que les da sentido y autonomía es su relación con la Administración de Justicia y al mismo tiempo, con el Poder Judicial, que es el encargado dentro de la división de poderes, de esta importante función del Estado de Derecho”. En el capítulo I se tipifican comportamientos ilícitos del juez o magistrado respecto

¹¹¹ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2015, cit. pág. 805.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

a determinadas funciones que le son propias.

De la somera exposición que se realiza de las diferentes opiniones existentes en relación con el bien jurídico protegido en el delito de prevaricación judicial puede concluirse que se caracterizan aquellas por la existencia de una doble discusión.

De un lado, se contraponen las posturas de si existe un único bien jurídico protegido bajo las rúbricas de delitos contra la Administración de justicia o bien si ha de atenderse al bien jurídico concretamente protegido por cada una de las figuras delictivas agrupadas dentro del título XX del Libro II.

Partidario de estimar la existencia de un bien jurídico común, indica SUÁREZ MIRA¹¹² que la heterogeneidad de comportamientos incluidos provoca dudas sobre el bien jurídico protegido. Restringirlo a la protección de la función jurisdiccional tal y como se define el artículo 117 CE no abarcaría la totalidad de las conductas tipificadas bajo la rúbrica comentada. Tampoco cabría identificarlo con el principio o valor constitucional de la Justicia, aunque como bien jurídico categorial quepa entenderlo en último término implicado. En último término, el concepto “Administración de justicia” ha de entenderse referido tanto a la función jurisdiccional como a todas las actividades que son presupuesto, complemento o condición de la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En parecidos términos se pronuncia MAÑAS DE ORDUÑA¹¹³ al señalar que “las diversas conductas tiene como elemento común afectar de forma directa o indirecta, al correcto desempeño del servicio público de administrar justicia, siendo, por tanto, el bien jurídico protegido.

Defendiendo también la existencia de un bien jurídico común expone QUERALT JIMÉNEZ¹¹⁴ que bajo este epígrafe se agrupan una serie de conductas delictivas contra un aspecto concreto y esencial del potencial prestacional de servicios, la Administración de Justicia, la cual, para hacer valer sus potestades, ha de controlar muchas fuentes de peligro, incluidos los conglomerados públicos y privados. Sin embargo, la misma puede ser atacada desde otros frentes (vgr., cohecho, falsedades, desobediencia grave a la autoridad y atentados contra la independencia judicial). Y para LUZÓN CUESTA¹¹⁵, sin embargo, la rúbrica misma “contra la Administración de Justicia” dota de homogeneidad al bien jurídico protegido por las diferentes figuras delictivas comprendidas en el Título. También se concreta aquel como el interés estatal por un buen

¹¹² SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ C., (coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 5ª Ed. Thomson Civitas, Madrid, pág. 561.

¹¹³ MAÑAS DE ORDUÑA, A. en *Derecho Penal, Parte Especial*, ZÁRATE CONDE A. (coord.), Ed. Universitaria Ramón Areces, MADRID, 2015, pág. 799.

¹¹⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 7ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1275 y 1276.

¹¹⁵ LUZÓN CUESTA J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte especial*, 19ª ed., Dykinson, Madrid 2015, pág. 391.

funcionamiento de la Administración de Justicia, debiendo entenderse ésta como la función estatal de Administrar justicia.

Como partidarios de la opinión de atender al bien jurídico concretamente protegido por cada una de las figuras delictivas agrupadas dentro del título XX del Libro II encontramos a ÁLVAREZ GARCÍA¹¹⁶, quien argumenta que los bienes jurídicos han de buscarse en cada uno de los concretos tipos delictivos, cumpliendo el Título meras funciones clasificatorias y de orden dentro del Código. Ello “con la finalidad de evitar la banalización del concepto de bien jurídico y la pérdida de los valores de referencia a que se han de hallar conectados los tipos delictivos”. En la misma línea se pronuncia MORILLAS CUEVA¹¹⁷, señalando que la heterogeneidad de los diversos grupos de delitos integrados en el título hace difícil presentar una propuesta uniforme, si bien la denominación del título permite presentarla como un criterio aglutinador de las diferentes variables. PEDREIRA GONZÁLEZ¹¹⁸ también indica que ha de centrarse la fijación del bien jurídico en cada concreta figura delictiva.

Por otra parte y al margen de estas divergencias sobre la consideración general o individualizada del objeto de protección, se establece una dialéctica entre el objeto material de protección, particularmente, si lo que se trata es de proteger la Administración de justicia en la vertiente de fidelidad a la misma por parte de quienes en su seno actúan ostentando potestades públicas - lo que se identifica con la denominada “infracción de deberes”- o si, desde perspectivas alejadas de dicha concepción y consideradas, generalmente, más plausibles, el bien jurídico protegido es la vigencia del derecho positivo o la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.

La primera discusión sólo tangencialmente habría de afectar a lo que aquí es objeto de estudio, por cuanto que no resulta necesario encontrar el interés generalmente protegido bajo la rúbrica ni, de fijar el concretamente protegido en el delito de prevaricación judicial, determinar si el mismo es común a los restantes tipos delictivos contenidos en el título. Con todo, se impone la necesidad de una toma de partido por alguna de las dos concepciones, o tres, pues aun cuando así no lo hiciera, se desprenderían la opinión de lo que estime procedente en relación con el delito que es objeto de estudio.

Que una rúbrica genérica pueda adolecer de inexactitud o vaguedad y que entonces su función será la meramente clasificadora es algo en lo que, por su obviedad, resulta innecesario abundar. Sobre todo cuando, como es el caso, se trata de una titulación heredada y por tanto pensada, en sus orígenes, para una configuración de la justicia distinta, que no necesariamente

¹¹⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. en *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), Valencia 2013, pág. 790 a 794.

¹¹⁷ MORILLAS CUEVAS, L. en MORILLAS CUEVAS L. (dir.), *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª Ed. Dikynson, Madrid, 2015, pág. 1.199 a 1.201.

¹¹⁸ PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Problemas fundamentales. cit...* pág. 50.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

opuesta, a la actual¹¹⁹.

Con todo, hablar de la Administración de justicia¹²⁰ como título genérico, no puede estimarse que carezca de trascendencia a la hora de identificar el objeto de tutela por los delitos que bajo el mismo se incluyen. Por lo pronto, habla de Administración y no de Poder, por lo que no creo que haya de trasladarse al ámbito de la discusión de si se concibe el Poder judicial como un auténtico poder político (en sentido constitucional) o como un mero apéndice del poder ejecutivo, concepción propia de otras épocas. Por el contrario, ello nos sitúa en la senda de pensar en la prestación del servicio público que caracteriza y justifica la existencia del Poder judicial. Pues “Administración” es un término lo suficientemente amplio como para englobar todo lo que se vea implicado en esa faceta prestacional inherente a todo poder público, no necesariamente restringido a quienes individualmente y con plenitud ejercen el poder, que son los jueces y magistrados. Y además, el término Administración también puede entenderse referido, en una vertiente ya más concreta, a la forma en que se desenvuelve la justicia, esto es, el proceso. Por tanto, sin necesidad de aquilatar como objeto de protección la Administración de justicia en cuanto tal, al menos, habrá de tenerse presente que el contexto de los delitos incluidos bajo la rúbrica es el desenvolvimiento de la actividad prestacional (estatal) de la justicia, usualmente, a través del proceso.

De manera que, Administración de justicia, cuanto menos, acota la materia o el ámbito de interés que pueda ser objeto de tutela penal mediante los distintos tipos delictivos que se contienen bajo dichas rúbrica¹²¹.

¹¹⁹ SUÁREZ MIRA, explicando la evolución del Título, indica que proviene del CP 1928, desde el cual ha sufrido un proceso de ampliación incorporando la acusación y denuncia falsa y el quebrantamiento de condena (CP 1932), la realización arbitraria del propio derecho y la simulación de delito (CP 1944-73). Posteriormente se integraron los delitos contra las partes, testigos y peritos y el vigente CP incorpora la prevaricación judicial (que abandona su ubicación junto a la prevaricación de funcionarios públicos) y de abogados y procuradores y el encubrimiento, que deja de ser considerado una forma de participación; finalmente, en 2003 se incorporaron los delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional; SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ C., (coord.) *op. cit.* pág. 560.

¹²⁰ Desde un punto de vista constitucional-orgánico, ha considerado el TC (SSTC 56/1990, de 29 de marzo, 150/1998, de 2 de julio ó 97/2001, de 5 de abril, entre otras) que el término, empleado en los artículos 122.1 y 142.15 CE, incluiría el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Gobierno del Poder Judicial y el conjunto de medios personales y materiales a su servicio (“Administración de la Administración de Justicia”).

¹²¹ PEDREIRA GONZÁLEZ descarta como bien jurídico protegido las distintas formas en que pueda entenderse la Administración de Justicia (como Poder Judicial, como servicio público o como el proceso en sí). Descarta que se proteja el Poder Judicial en sí porque, aun cuando ello reforzaría su consideración como Poder independiente del ejecutivo (posición defendida por QUINTERO OLIVARES, G. en “Los delitos contra la Administración de Justicia”, *Revista Jurídica de Cataluña*, número extra dedicado al Proyecto de CP de 1980, año LXXIX, 1980, pág. 192), podría entender que se excluían de aplicación a jueces y magistrados otros delitos que se tipifican en el Título XIX del Libro II, Contra la Administración pública, tales como abandono de destino, infidelidad en la custodia de documentos, cohecho, etc.. y por el mismo motivo el considerarlo como servicio público (postura, cuanto menos, patrocinada por OCTAVIO DE TOLEDO y GARCÍA ARÁN. Respecto de que la rúbrica comentada integre como bien jurídico común a todos los tipos delictivos en ella incluidos el “proceso legal” (opción defendida por GÜIDI CLAS,

Descendiendo al delito estudiado en este trabajo, el de prevaricación judicial y su objeto de protección, decía que se distinguían dos grupos de opiniones al respecto, en función de si lo que se trata es de proteger la Administración de justicia en la vertiente de fidelidad a la misma por parte de quienes en su seno actúan o, frente a ello, la vigencia del derecho positivo o la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos.

En relación con la protección de la fidelidad del funcionario para con el Estado, señala HAVA GARCÍA¹²² que de un lado, la inclusión bajo la rúbrica “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, tanto en el CP 1973 -Título VII del Libro II- como en Códigos anteriores así como de la prevaricación judicial la administrativa y de otrolado, el uso histórico del término prevaricación como conducta que falta a la obligación de un oficio quebranto de la fe, palabra, religión o juramento, llevó a una parte de la doctrina a identificar la esencia de estos delitos en la infracción de un deber frente al Estado¹²³. A esta teoría de la infracción de deberes se le reprocha, añade la citada autora, desde el principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos como límite del *ius puniendi*, “su incapacidad para identificar la esencia de todo injusto penal, que ha de ser la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, configurándose entonces la prevaricación judicial como un mero delito de desobediencia carente de anti-juridicidad (lesividad) material”.

La segunda posición, pretendería dotar al delito de prevaricación judicial de un contenido e lesividad material, identificando el bien jurídico protegido con la tutela judicial efectiva¹²⁴.

E., *op. cit.* pág. 136 y 137), se opone PEDREIRA al entender que vistos los delitos integrados, sólo mediante un “juego de palabras” en orden al objeto de cada delito y el contenido que se dé a “proceso” justificaría tal entendimiento. PEDREIRA GONZÁLEZ, F. *Problemas fundamentales... cit.* pág. 36 y ss.

¹²² HAVA GARCÍA, E. en ÁLVAREZ GARCÍA, *op. cit.* pág. 814 a 819.

¹²³ PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en *Problemas fundamentales... cit.* pág. 36 a 42 refiere la polémica doctrinal, que se centró en la rúbrica del Título VII del Libro II del CP de 1944, conservada posteriormente en el Texto refundido de 1973. Dicha rúbrica señalaba expresamente: “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”, lo que también era común a códigos anteriores, por lo que se cifraba la esencia de estos delitos en una infracción del deber contraído por el sujeto activo frente al Estado, como si lo verdaderamente trascendente a estos efectos fueran sus relaciones con la organización administrativa y judicial. Eran de esta opinión, comentaristas decimonónicos, como GROIZAR y GÓMEZ DE LA SERNA o PACHECO y de mediados de la pasada centuria, como FERRER SAMA, QUINTANO RIPOLLÉS o CEREZO MIR. Abandonarían este camino, tras la entrada en vigor de la Constitución, autores como OCTAVIO DE TOLEDO (*op. cit.* pág. 135 y ss.) o GARCÍA ARÁN (*op. cit.* pág. 30 y ss.), si bien ambos coinciden en fijar como objeto de protección la función pública en sí.

¹²⁴ De esta opinión PEDREIRA, quien señala que aun pudiendo decirse que a través de su regulación se pretende asegurar que la potestad jurisdiccional se ejerza con arreglo a Derecho, ello no constituye más que un fin intermedio, pues la finalidad última es proteger uno de los aspectos esenciales del derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, cual sería el obtener una resolución fundada en Derecho; PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en *Problemas fundamentales... op. cit.* pág. 51. Y compartiendo esta opinión, HAVA GARCÍA (*op. cit.* Pág. 819). Dentro de esta línea, SERRANO GÓMEZ y SERRANO MÁLLO identifican el bien jurídico protegido con el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia en cuanto institución esencial para la convivencia social y desarrollo de las libertades y otros principios democráticos de cualquier país; SERRANO GÓMEZ Y SERRANO

Pueden compartirse las opiniones que critican esta opinión de identificar el objeto de protección con un deber de fidelidad al Estado en el sentido de que se entienda dicha concepción como un vacío o ciego y meramente formal incumplimiento de la función desempeñada. Y ello porque, más allá de la posición estatutaria o administrativa del juez o magistrado ante la institución de la que forma parte, el mismo desempeña una función pública, cuál es la de ejercer el poder judicial que, no olvidemos, emana del pueblo, como describe el artículo 117.1 CE. En este sentido lo que caracterizaría la lesividad de su conducta no sería defraudar la confianza, competencia y potestad que la institución (poder judicial) deposita en él, sino el derecho del ciudadano a obtener de uno de los poderes públicos, siempre a su servicio, la prestación a que constitucionalmente tiene derecho. Y esto, se quiera o no, es un deber que pesa sobre cada uno de los jueces y magistrados individualmente considerados, incluso con mayor entidad que sobre el poder judicial como institución, pues en una institución, todo es susceptible de diluirse. De ahí que la crítica a la consideración de la prevaricación judicial como delito de infracción de deber sólo se pueda compartir parcialmente. Frente al poder judicial el juez o magistrado tendrá y habrá de cumplir unos deberes orgánicos, cuyo quebranto puede derivar en infracción disciplinaria, más ante el ciudadano ostenta un deber primario y capital, cuál es la de prestarle en adecuadas condiciones el servicio público de la justicia, al que tiene derecho. Tratándose de un juez o magistrado, este servicio se presta en el seno y a través del proceso, cualquiera que sea el orden jurisdiccional en que se desenvuelva, pues la relación del juez o magistrado con el ciudadano se vehicula a través de dicha construcción jurídica en la que el juez se constituye en un interviniente y el ciudadano, normalmente, en parte.

Esta posición o relación del juez con el ciudadano la considero el contexto dentro del cual se ha de delimitar la función en el sistema punitivo del estado del delito de prevaricación judicial.

Ahora bien, ¿es este contexto un bien jurídico? O, dicho de otro modo, ¿se acomoda la teoría del bien jurídico a las características de este delito?

2.1. Bien jurídico y objeto de protección

El bien jurídico es el objeto de protección del Derecho Penal, la concreción de aquellos ámbitos del orden social que se consideran merecedores de protección por el Derecho. Señala LACRUZ LÓPEZ, que el Derecho penal protege los bienes jurídicos en tanto en cuanto posibilitan la vida en sociedad. Por ello, pese a los intereses de carácter particular que existen tras los mismos, los bienes jurídicos no son privativos de los ciudadanos, sino que pertenecen al derecho y su protección trasciende esos concretos intereses, orientándose al conjunto de la comunidad.

MAÍLLO en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA M. D., y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, 3ª Ed. Dikynson, Madrid, 2015, pág. 703.

Añade el mismo autor que la determinación del bien jurídico opera como factor esencial para realizar el análisis crítico de una figura delictiva, tanto en lo referido a la necesidad e idoneidad de la misma como en lo atiente a su ámbito de aplicación¹²⁵.

Desde la óptica de la relación entre el bien jurídico y el sujeto portador de los bienes se pueden clasificar en individuales, colectivos y supraindividuales. Los primeros son aquellos en que el portador es el individuo (vgr. vida, integridad física, intimidad) y los colectivos representarían la suma de bienes jurídicos individuales que se intenta que no sean dañados en situaciones que generan un peligro abstracto para los mismos (vgr. salud pública, seguridad vial). Los bienes jurídicos supraindividuales para LACRUZ LÓPEZ carecen de ese nexo de unión con los individuales que caracteriza a los colectivos, viniendo a proteger el mantenimiento de las condiciones necesarias para el funcionamiento del sistema. Ampararían situaciones intereses o relaciones pertenecientes al Estado o a la comunidad pero sin implicar directamente una garantía negativa para bienes jurídicos individuales (vgr. función tributaria, seguridad del Estado, forma de gobierno)¹²⁶.

Cada juez o magistrado cuando dicta una resolución está ejerciendo con plenitud la potestad jurisdiccional, el poder judicial. Ello hace que, cuando quebranta la esencia de su función ante el ciudadano del seno de un proceso, sea la institución misma, el poder judicial y en su faceta prestacional, la Administración de justicia, quien se pone en cuestión y se ve afectada directamente y en primer lugar por su conducta. La administración de justicia funcionará regularmente cuando no se quebrante la esencia de la función judicial. Por esta razón se ha de excluir como objeto de protección las inadecuadas aplicaciones del derecho pues, pese a ello, pueden considerarse funcionamiento regular y ordinario de la institución. Y es que, tratándose de aplicar el Derecho, siempre serán posibles aplicaciones e interpretaciones erróneas, discutibles, inadecuadas, inmotivadas o incluso vulneradoras de derechos fundamentales. Todo ello es, por así decirlo, asumible por el sistema. Lo inasumible es que ellos sean consecuencia del quebrantamiento de la esencia o del deber fundamental del juez que opera como *prius* lógico para el dictado de la resolución.

Llegados a este punto cabe plantearse si es útil y eventualmente necesaria la teoría del bien jurídico para explicar el objeto de protección en el delito de prevaricación judicial. Vamos a tomar como punto de partida la crítica que de dicha teoría se hace por JAKOBS.

Expone JAKOBS que la tesis de la protección de bienes jurídicos implica que existen bienes previos al Derecho penal o constituidos por éste de cuya integridad el Derecho penal debería ocuparse. Pero un bien es jurídico, indica el citado autor, cuando está configurado como derecho

¹²⁵ LACRUZ LÓPEZ J.M. en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ J.M., MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 8 a 10.

¹²⁶ LACRUZ LÓPEZ J.M. en *Curso de Derecho penal... cit.* pág. 12.

del titular, un individuo o un colectivo, pues no existen bienes jurídicos que puedan fluctuar libremente. Es el titular quién puede exigir que su bien no sea lesionado. De ahí que la idea del Derecho penal como protección de bienes jurídicos sólo puede significar que se protege a una persona o a la generalidad, en cuanto colectivo imaginado de todas las personas, en su relación con otra persona, contra la lesión de los derechos sobre sus bienes¹²⁷.

Pero, razona JAKOBS, “la sociedad no consiste sólo en sujetos que acumulan bienes, sino que conoce instituciones positivas que obligan a prestar apoyo y que configuran la estructura de la sociedad del mismo modo que lo hace la prohibición de lesionar bienes ajenos. Estas instituciones positivas obligan a determinadas personas que desempeñan tareas especiales a aportar su cuidado solidario a otras personas¹²⁸. Cuando tal portador de un rol especial infringe su deber posiblemente resulte lesionados también bienes jurídicos, pero no es ésta “la gracia del asunto”. Lo que sucede es que un bien que estaba por constituir no es constituido¹²⁹. El término “lesión de un bien jurídico” sólo describe de un modo incompleto esta situación definiéndose mejor la misma, infracción de un rol, infracción de un deber”.

Como consecuencia de lo expuesto concluye el profesor alemán que la protección de bienes jurídicos no puede ser el supraconcepto de lo que el Derecho penal persigue sino que aquel es la vigencia de la norma. Ello no significa que el concepto de bien jurídico no pueda plasmar en determinados ámbitos la estructura de la sociedad, pero sólo sectorialmente.

Partiendo de esta crítica y sin pretender un cuestionamiento genérico de la teoría del bien jurídico, lo cierto es que no puede menos que advertirse que, en este delito que tratamos, la definición del objeto de protección del mismo, por todo lo que hemos expuestos hasta el momento, ofrece gran dificultad. Esta dificultad se explica por la concurrencia de varias circunstancias.

La primera variable es el contexto en que se desenvuelve el delito. Éste no es otro que el ejercicio del poder judicial, del cual es titular el conjunto de los ciudadanos y que se detenta funcionalmente por la autoridad pública encargada de vehicularlo en el seno del proceso, el juez o magistrado. Esto significa que el juez es un mero depositario de esa porción de la libertad del ciudadano cedida al Estado para hacer posible la vida en sociedad de modo pacífico, porción que genera una potestad pública a fin de hacer viable su ejercicio. Desde esta perspectiva el juez es un mero catalizador a través del cual vehicular tal potestad. Esta configuración se expresa en el art. 117 CE que dispone “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial”. Es de hacer notar que aun cuando el juez

¹²⁷ JAKOBS G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, trad. de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJOO SÁNCHEZ, B., Cuadernos Civitas, Madrid, 2003 pág. 59 a 61.

¹²⁸ Cita a los padres respecto de los hijos, la policía en relación con los ciudadanos, el servicio público esa luz o el juez en su actividad de dirimir contenciosos; JAKOBS G., *Sobre la normativización... cit.* pág. 62.

¹²⁹ No se crea la salud del hijo, la salud, la imposición del ordenamiento jurídico; JAKOBS G., *Sobre la normativización... cit.* pág. 62.

dicte la sentencia o resolución de que se trate lo hace, por así decirlo, por delegación (en sentido político, no administrativo), de ahí que sea muy elocuente la fórmula de dictar las sentencias en nombre del Rey, Jefe del Estado y símbolo de su unidad y permanencia (art. 56 CE), por lo que encarna y representa simbólicamente esa cesión de libertad de cada ciudadano. Por tanto, el poder judicial, es un poder, como no podía ser de otra manera, cuya titularidad, de modo radical, ostenta cada ciudadano.

Con esta configuración constitucional del Poder Judicial, la justicia (contexto de desenvolvimiento de esa cesión de libertad generadora de una potestad pública) no puede ser sino una institución puesta al servicio de los fines de aquel. Precisamente por esto ofrece dificultad hablar de bienes jurídicos en este contexto, pues la justicia no es un fin en sí mismo, sino una actividad consistente en el ejercicio de una potestad pública a través de la cual sólo mediatamente se protegen bienes jurídicos, que serían los intereses formalmente reconocidos como tales y cuya restauración, defensa o constitución se verifica a través del proceso. Ahora bien ¿es dicha actividad un bien jurídico?

Prima facie y conforme a lo que exponemos parece que no, pues daría lugar a una confusión entre los sustantivo y lo adjetivo, lo principal y lo accesorio, lo radical y lo superficial. Bienes jurídicos serán, en todo caso, los derechos e intereses que se ventilen en el proceso (en cuanto cauce jurídico a través del cual se desenvuelve la actividad jurisdiccional). Si estos resultaren lesionados como consecuencia del dictado de una resolución injusta ello podría dar lugar a la concurrencia de otro delito, mas no es tal lesión la esencia del delito de prevaricación judicial. Y no lo es porque la multiplicidad de derechos e intereses que pueden verse cuestionados en un proceso es tal, que de identificarse el objeto de protección por el delito de prevaricación judicial con cada uno de ellos, se perdería la necesaria generalidad que ha de tener la definición de aquello que se protege por un tipo delictivo, pues habría de discernirse cuáles de tales derechos e intereses pueden calificarse de bien jurídico, lo que sería una tarea poco menos que inconmensurable. Al margen de que existen muchos otros tipos delictivos que protegen, propiamente, esos bienes jurídicos que eventualmente pudieran quedar afectados, directa o potencialmente, por la resolución prevaricadora (vgr., libertad ambulatoria, intimidad).

Tampoco cabe identificar como el objeto de protección, en aras de buscar un bien jurídico unitario, en contra de lo que se defiende por algunos autores¹³⁰ los derechos constitucionalmente reconocidos de carácter procesal, en particular, el de obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales.

El derecho a la tutela judicial efectiva es de vital importancia en el seno del proceso, mas no hay razón evidente para estimar este derecho como el bien jurídico protegido en su

¹³⁰ Cfr. PEDREIRA GONZÁLEZ, F. en *Problemas fundamentales... cit.* pág 51. y HAVA GARCÍA, E., *op. cit.* pág. 819.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

vertiente de obtener una resolución fundada en Derecho. Si así se interpretara, el delito tendría una amplitud desmesurada e innecesaria, habida cuenta que dicho derecho puede vulnerarse de múltiples maneras en un procedimiento, por lo que sus infracciones son muy numerosas en el ejercicio de la jurisdicción y no por ello ha de estimarse dicha situación digna de protección penal. De lo que se puede colegir que, aun cuando se lesione dicho derecho, el propio sistema procesal prevé su restauración en su seno, ordinariamente por la vía de los recursos, con lo que tal lesión, originada por una resolución judicial, es provisoria. Esto no significa que una resolución que infrinja el derecho a la tutela judicial efectiva no pueda constituir resolución típicamente injusta, mas el derecho a la tutela judicial efectiva, en dicho caso, será la forma de aparición, en cuanto vulnerado, del delito, pero no el objeto de protección de éste.

Para esta afirmación se ha de partir de una visión integral del Poder judicial como estructura estatal constituida para desarrollar la potestad jurisdiccional. Integral se ha de entender desde la perspectiva de los distintos grados de jurisdicción y los diversos procedimientos a seguir ante los mismos. El ejercicio de la potestad jurisdiccional es una función y una obligación del Poder judicial en su conjunto, como estructura estatal y en definitiva, como institución positiva que ha de posibilitarlo. Y dar cumplimiento a ello compete, no ya a cada juez o magistrado en particular, sino al sistema judicial en su conjunto. Así, por ejemplo, un órgano judicial puede inadmitir a trámite una demanda por considerarse incompetente territorialmente para su tramitación y posteriormente ver revocada su decisión porque, por vía de un recurso de apelación, el tribunal superior considere que, en efecto, sí que lo era y que la decisión del inferior era errónea. La decisión del inferior, mediatamente, no otorgaba una tutela judicial efectiva al demandante, pues le vedaba el acceso a un procedimiento, al que tenía derecho, para ventilar su pretensión. Sin embargo, el sistema de recursos, legalmente previsto, permitió su reparación. No existiría, pese a todo, una lesión de la institución, pues lo cierto es que, en primera instancia obtuvo un pronunciamiento judicial (si bien contrario a sus intereses y a la postre, equivocado), se le dio trámite al recurso interpuesto y su caso fue examinado y fallado en su favor por la instancia superior. Es decir, si bien la decisión del primer juez privaba de un adecuado acceso a la jurisdicción del asunto que se inadmitía, el sistema permitió subsanarlo, con lo que, a la postre, no existiría lesión. Piénsese en otro ejemplo.

En un procedimiento penal abreviado se dicta auto conforme el artículo 779.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal acordando la terminación de la instrucción y la apertura de la fase intermedia del procedimiento. Imaginemos que el objeto de dicho procedimiento es el fallecimiento de una persona, una semana después de ser intervenida quirúrgicamente en un hospital, por una presunta imprudencia médica y que se hallan imputados el cirujano que dirigió la operación, otro cirujano que lo ayudaba, el anestesista, tres enfermeros, el médico encargado de la planta donde se realizaba el seguimiento del paciente en los días posteriores a la intervención, otros tres enfermeros del servicio propio de dicha planta, jefe de cirugía del

hospital, el jefe de enfermería y el director del mismo hospital. Pese a este número de personas imputadas, el auto aludido se limita a identificar como hecho punible que el paciente X falleció en el hospital e identifica como personas a quienes se imputa el hecho a todos los que he señalado que estaban siendo investigados. En el recurso de apelación interpuesto por el médico de planta y por el Jefe de enfermería se interesa, como primer argumento del escrito de recurso, que se declare la nulidad del auto (conforme al artículo 238.3º y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) por no concretarse, respecto de ellos (ni, realmente respecto de ninguno de los investigados) el hecho que, concretamente, motiva su imputación provisoria. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación acogiendo la pretensión deducida, al entender que, en efecto, la falta de identificación del hecho o contribución causal al resultado de los recurrentes, al margen de vulnerar las exigencias del artículo 779.1.4ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal generaba indefensión a los recurrentes pues no les permitía rebatir por vía de recurso los argumentos tenidos en cuenta por el Juez de Instrucción para mantener su imputación, dada su falta de concreción. En suma, se vulneraba el derecho del artículo 24.2 de la Constitución. En este ejemplo, es la propia Audiencia Provincial la que señala que la decisión del instructor vulneraba ese derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, el sistema procesal permite que se subsane dicha infracción. Es más, aun cuando la decisión de la Audiencia Provincial hubiera sido desestimatoria del recurso por no entender concurrente indefensión, el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite plantear la cuestión, de nuevo, al iniciarse las sesiones del plenario, debiendo resolverse la misma por el órgano de enjuiciamiento. Y de ser, igualmente desestimatoria, cabría volver a exponerlo ante el tribunal que hubiera de conocer del recurso de apelación contra la sentencia. De ser estimada la pretensión por cualquiera de dichos órganos se reconocería que existió vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y simultáneamente, se subsanaría la infracción declarando la nulidad de los actos procesales correspondientes. Por tanto, el sistema judicial permitiría la efectiva realización del derecho a la tutela judicial efectiva, manteniéndose íntegra la institución de la justicia.

Con esto se evidencia que, aun infringiendo una decisión judicial, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes en un procedimiento y generándole indefensión, el hecho de que ello sea una posibilidad prevista por el ordenamiento¹³¹, que establece

¹³¹ Recuerda GIMENO JUBERO M. A. que “La función de juzgar está sujeta, como cualquier otra acción realizada por el hombre a la falibilidad. Pero además, juzgar supone en primer lugar determinar una situación fáctica que no siempre es fácil y de la que no puede excluirse el juez, que está obligado a fallar”. Y que “El Estado Democrático y también alguna norma Internacional en materia de Derechos civiles (art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) han establecido un sistema de revisión de las resoluciones judiciales, de recursos, de modo que se ampare el derecho del ciudadano y no se desnaturalice el propio sistema jurídico en cuya aplicación ha incurrido en error el juez. En todos los supuestos en los que haya error judicial derivado de la falibilidad humana, no podemos hablar con propiedad de error judicial sino error del sistema. Y este es el techo, de modo que toda conducta judicial que exceda de ese límite de falibilidad, entrará dentro de lo que se denomina de una u otra manera, abuso de la función judicial, que ya debe integrarse en el ámbito de responsabilidad personal,

específicos mecanismos para su subsanación (la vía del recurso o el incidente de nulidad de actuaciones, conforme al artículo 240 de la LOPJ) hace que, desde el punto de vista del juez o magistrado que la dicta, no pueda considerarse que esa decisión lesiona la institución. Y ello pese a que exista una objetiva infracción del ordenamiento jurídico.

Descartando pues, identificar como deber u obligación del juez que le sea estatutariamente exigible satisfacer, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos, lo que es predicable del Poder judicial en su conjunto como misión o función constitucional del mismo.

Otro argumento que induce a descartar como bien jurídico objeto de protección del delito el derecho a la tutela judicial efectiva es su carácter instrumental respecto a los derechos e intereses que se ventilan en el proceso. Parece excesivo configurar como bien jurídico aquello que está destinado a permitir la restauración de aquellos que han sido lesionados o puestos en peligro. Pues, desde luego, la razón de la iniciación de un proceso judicial es la puesta en cuestión, la lesión o la negación de la existencia de un derecho o interés, cuyo reconocimiento o restauración es la razón de ser del proceso.

En este punto cabe precisar que la descripción de la acción típica contenida en el delito del artículo 446 CP no permite entender que forma parte de la misma, como requisito típico, la efectiva lesión de esos derechos o intereses ventilados en el proceso. Estaríamos en presencia, por el contrario, de una puesta en peligro de los mismos como consecuencia del dictado la resolución injusta. Este peligro, podría calificarse bien de abstracto bien de abstracto-concreto. Se le podría considerar mero peligro abstracto si se entiende el dictado una resolución injusta, en la forma que se defina desde el punto de vista típico, como un riesgo para ese bien jurídico, sin necesidad de que, efectivamente, cristalice. Y podría entenderse como de peligro abstracto-concreto o con aptitud para producir un daño si se entiende que esa peligrosidad forma parte del contenido típico de “injusticia”. Mas incluso en este caso no sería necesario que cristalizara, efectivamente, como resultado típico, en la lesión de los derechos e intereses que se ventilan en el proceso o, más en concreto, en la resolución cuestionada. Esto es, se trataría de una cualidad y no de una consecuencia de la acción¹³².

La principal razón que lleva a descartar la necesidad, como resultado típico, de una lesión efectiva de los derechos e intereses de aquellos que en el procedimiento se vean afectados por la resolución prevaricadora es que no lo contempla así el tipo. Ello, hasta cierto punto, entra dentro de la lógica y la necesidad en orden a la persecución de este delito. Y es que, el

sea penal, civil o disciplinaria”. GIMENO JUBERO, M.A., “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal del juez” en *La responsabilidad personal del juez*, Estudios de Derecho Judicial 153/2008, QUINTANA CARRETERO J.P., (dir.), CGPJ, Madrid, 2009, pág. 2.

¹³² Cfr. GIL GIL, A. en *Curso de Derecho Penal...cit.*, pág. 195 y 196.

que recaiga una resolución injusta no ha de determinar, necesariamente, que a la postre, se lesione el derecho o interés que con la misma se vea cuestionado. Pues, si se concibiera como resultado material del delito la efectiva lesión del derecho procesal o materialmente discutido, podrían darse supuestos en que, mediante la reconsideración de la decisión prevaricadora, la conducta, ciertamente prevaricadora, deviniera atípica. Así por ejemplo, sería el caso del juez que, queriendo favorecer al acusador particular, acordara la prisión provisional pero antes de llevarla a efecto, reformara la decisión al verse sorprendido en su conducta por el abogado de la defensa. Aquí no puede hablarse de lesión material del derecho a la libertad, pues desde un punto de vista formal el auto se reformó inmediatamente y desde un punto de vista material el investigado no llegó a entrar en prisión. Y asimismo se generaría, cuando menos, la duda, en casos en que por vía de recurso no devolutivo o incidente de nulidad, se dejara sin efecto, por el prevaricador, la resolución injusta.

Estas consideraciones conducen a descartar la concepción del delito, desde su estructura típica, como un tipo previsto para la protección de bienes jurídicos de aquellos que se ven implicados en el proceso, así como también parece aconsejable no elevar a la categoría de bien jurídico la organización puesta al servicio del interés del ciudadano en que administre correctamente esa parcela de libertad que cede en favor del Estado.

De ahí que entienda asumible para la correcta definición de este delito la concepción JAKOBSiana de considerarlo como un delito de infracción de deber en el que con su comisión se lesiona la institución positiva de la administración de justicia, que se ha de constituir en cada caso concreto¹³³ mediante un adecuado ejercicio por el juez o magistrado de la potestad pública que le es depositada directamente mediante la ley determinante de su competencia y mediatamente por el ciudadano. Antes de la intervención de, en ese caso, el juez, no puede hablarse de ningún bien constituido, en la medida en que éste se constituiría, precisamente, por el adecuado ejercicio de su función, de manera que el quebrantamiento de ésta no lo lesiona porque ni siquiera llega a constituirse en el caso concreto.

Al exponer esta opinión, señala JAKOBS que en estos casos de incumplimiento de los deberes positivos para con la institución, no puede hablarse propiamente de “administración

¹³³ JAKOBS, G., *Sobre la normativización...cit.* pág. 131. El mismo autor explica esa interacción razonando que “si bien el comportamiento que se espera del autor se agota en algo negativo, inserto el autor en una institución de carácter positivo le afectan por ello expectativas especiales de comportamiento cuyo contenido no se puede reflejar o sólo de modo incompleto si se atiende a la no lesión de un bien, pues derivan aquellas de la función que se le prescribe al autor para que se adapte a la institución. Dicho de otra manera, para que pueda hablarse de unidad funcional es preciso que el autor desempeñe su papel, que es positivo. Sólo entonces entraría dicha unidad funcional en la órbita de bien jurídico, pudiendo considerarse como tal. El delito especial representaría, a estos efectos, la negativa a dejarse integrar en la producción de una unidad funcional, que en los delitos de propia mano provocaría el desplazamiento de la lesión de bien jurídico a la no producción de bienes jurídicos.”; JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General, cit...* pág. 52.

de justicia”. La anterior construcción supone, por tanto, que el autor niega la institución que ha de gestionar, que por tal motivo, en el caso concreto, no puede constituirse en unidad funcional (bien jurídico), pues para ello “ha de estar intacta”. De ello emerge como razón de la tipificación la negación de la institución que hace el autor mediante la realización de la conducta típica, que no puede ser otra que la infracción de los deberes inherentes a quien se inserta en la misma, los cuales, como también indica JAKOBS, no pueden ser definidos por el tipo penal.

Sensu contrario y conforme a esta concepción, la institución positiva podría constituirse en unidad funcional, susceptible de calificarse de bien jurídico cuando viniera a ser atacada por aquel que no se encuentra, estatutariamente (juez) o legalmente (testigo) obligado a fomentarla, fuera, claro está, de los casos de delitos especiales impropios o participación de un *extraneus* en el delito especial. En el ámbito de la justicia, sería el caso, por ejemplo, de quien, por ejemplo, coaccionara o presionara a los órganos competentes en materia de nombramientos judiciales para promover el nombramiento de cierta persona de su interés a determinado cargo (vgr. presidente TSJ), si tal conducta fuera constitutiva de delito.

Otra consecuencia de lo expuesto es que no cabe plantearse si es objeto de delito la lesión de bienes jurídicos individuales, de los que fueran titulares quienes se relacionaran con la institución negada por el autor. En el ámbito que estudiamos de la prevaricación judicial se traduciría en que no puede contemplarse como bien jurídico protegido los derechos e intereses de los intervinientes en el procedimiento que se vieran afectados por la resolución judicial, sean de naturaleza sustantiva o procesal, pues la vinculación que tiene con los mismos el juez no es de no lesionarlos, sino de fomentarlos (en el sentido que sea) en el seno de la institución cuya existencia ha negado en el caso concreto.

En este punto cabe detenerse en una cuestión que conviene aclarar. Cuando JAKOBS habla de que “la institución sólo es una unidad funcional si está intacta, para lo cual, además el autor debe desempeñar su papel”¹³⁴, ello viene precedido de la afirmación de que “si hay que esforzarse por obtener un concepto de bien jurídico no se puede atender a las unidades funcionales ya existentes y a su aseguramiento, sino que como unidad funcional ha de definirse la institución que gestiona el autor”. Esto es, la unidad funcional se identifica con el concreto ámbito en que el autor desarrolle su rol y es ese ámbito el que constituye la institución positiva que va a negar aquel. Si pensamos en la Administración de justicia y el delito de prevaricación judicial, el concreto juez o magistrado no niega la institución en su integridad, sino el ámbito bajo su control o competencia. Que, para las partes implicadas en el concreto procedimiento, será la personificación de la administración de justicia en ese momento. De esta circunstancia cabe inferir que, en la medida en que la administración de justicia se expande, como institución genérica, a un ámbito inusitadamente más amplio, la negación particular no implica la general,

¹³⁴ JAKOBS. G., *Derecho Penal. Parte Especial*, cit... pág. 53.

de modo que si el sistema funciona correctamente, la eventual lesión de derechos e intereses que se produjera como consecuencia de la conducta del juez prevaricador sería susceptible de subsanarse en ulteriores instancias.

De lo anterior se desprende que, político-criminalmente hablando, es inocuo que no se consideren como bien jurídico protegido los derechos de las partes en el proceso, por cuanto que el propio ordenamiento prevé una reacción a fin de restaurar los mismos en caso de vulneración. Una ordinaria, que sería la vía de los recursos ordinarios y una extraordinaria que sería el aludido recurso de revisión. Y desde un punto de vista dogmático, al margen de que sería incoherente con la construcción expuesta, libera al tipo de la dificultad que supone la necesidad de lesión o puesta en peligro, concreto o abstracto, de dichos, pues precisamente el sistema institucional de la justicia prevé remedios que podrían hacer dudoso, en ciertos casos, la existencia de una efectiva lesión o puesta en peligro, sobre todo cuando cabe recurso contra la resolución dictada o la misma no es objeto de ejecución inmediata, lo que acontece en gran número de casos. Piénsese, por ejemplo, en un auto denegatorio de prisión provisional, siendo indebida o inadecuada tal denegación, mas debidamente razonada la misma. El auto no lesionaría la tutela judicial efectiva de la acusación particular, tal y como ha sido entendida por el TC, pues pudo solicitar la medida objeto de denegación, conoce los motivos de ésta y podrá recurrir la decisión, como tampoco el derecho a la libertad del investigado. Existiría una vulneración del artículo 503 LECr., que podría determinar, si se dieran los elementos típicos necesarios, la concurrencia del delito, mas no lesión de los derechos procesales de los intervinientes en el proceso.

La consideración de la prevaricación judicial como un delito de infracción de deber o de responsabilidad institucional es también mantenida por RAMOS TAPIA en su exhaustiva monografía sobre este delito. Sin embargo, puede estimarse que sus conclusiones incurren en cierta contradicción o, cuanto menos, ambigüedad a la hora de adscribir el delito a la categoría. Así, si bien parece admitirlo sin ambages, al señalar que “permite una comprensión del delito de prevaricación judicial que supera la dificultad en que se encuentra la teoría de los bienes jurídicos para aportar soluciones interpretativas del tipo, en especial del término injusta, de los elementos subjetivos del tipo y de la autoría y la participación”¹³⁵ o “este problema de indefinición (en relación con el bien jurídico) se salva, sin embargo si la responsabilidad penal se hace derivar de la posición constitucional del juez como garante de la administración de justicia, de la cual deriva su deber de vinculación exclusiva a la Constitución y al imperio de la ley, constituyendo la infracción de este deber el fundamento de delito de prevaricación”¹³⁶. Sin embargo, al exponer sus “conclusiones sobre el fundamento del ilícito” expone que “el funda-

¹³⁵ RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial... cit.* pág. 140.

¹³⁶ *Ibidem* pág. 146.

mento de delito de prevaricación judicial es la infracción por el juez de su deber de garantizar la realización del Derecho en la administración de justicia, que aparece como bien jurídico que al juez corresponde garantizar”¹³⁷. Esta afirmación a modo de conclusión de su estudio sobre el particular evidencia, en mi opinión, que no llega a desprenderse del criterio de legitimación del Derecho penal a través de la teoría del bien jurídico pues, en definitiva y pese a lo que previamente afirma, define como objeto de protección un bien jurídico: la realización del Derecho en la administración de justicia. Es por ello que cuando habla de que “el fundamento de delito de prevaricación judicial es la infracción por el juez de su deber de garantizar” no lo hace asumiendo propiamente la teoría de JAKOBS. Dicho de un modo más gráfico, rebaja la importancia de esa infracción del deber, que es meramente secundaria ante el concepto en torno al que hace girar el delito: el bien jurídico de la realización del Derecho.

En la postura aquí enunciada la razón del ser del delito de prevaricación judicial no se explica a través de la teoría del bien jurídico, como tampoco es éste concepto su fuente de legitimidad. Estamos en presencia de un delito de los denominados desde el funcionalismo “de responsabilidad institucional” en el que la esencia no es el respeto del principio “*neminem laedere*”, esto es, de respetar el bien ajeno, - conducta que, en todo caso, sea descrita de modo activo u omisivo no deja de imponer una abstención- sino de contribuir, por venir el sujeto activo constitucionalmente obligado, a la creación, en cada caso concreto que se le somete, de la justicia, concebida ésta como medio pacífico institucionalizado de ejercicio del *ius puniendi* y de resolución de conflictos. No supone esta concepción, necesariamente, negar la relevancia de la teoría del bien jurídico ni afirmar la inocuidad de eventuales vulneraciones de bienes jurídicos esenciales como consecuencia de la comisión del dictado de una resolución típicamente injusta (vgr., libertad). Mas estos supuestos se resolverán residenciándolos en los correspondientes tipos delictivos que, respecto del delito de prevaricación judicial, se encontraran en relación concursal.

2.2. La prevaricación judicial como delito de infracción de deber

El tratamiento del delito exige atender, inicialmente, a la persona de su autor. O, más correctamente, a la cualidad de su autor: jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, como indica el artículo 117.1 de la Constitución. Ser el vehículo a través del cual se ejercita dicha potestad pública directamente emanada del poder constituyente los convierte, antes que nada, en servidores públicos. Unos servidores públicos podría decirse, peculiares, pues no se incardinan en el seno del Poder Ejecutivo, sino que integran, en sí mismos, un Poder residenciado en todos y cada uno de sus miembros con carácter pleno e indivisible. Esto es, cada, juez o magistrado ejerce con plenitud el poder judicial, en el ámbito competencial en

¹³⁷ *Ibidem* pág. 156.

que se desarrolle su actividad.

Desde un punto de vista de las personas responsables del delito, el CP los contempla en su artículo 24 como autoridad, por ejercer jurisdicción propia. Pues bien, este carácter de autoridad pública a quien está encomendada la función de juzgar y ejecutar lo juzgado hace que los delitos tipificados como de posible comisión en el ejercicio de tal función revistan, a mi juicio, como acabo de enunciar, el carácter de delitos de infracción de deber. Delitos ante los que se sitúa, desde luego, este que estudiamos del artículo 446 del CP, de prevaricación dolosa.

Intentaré justificar, tras esa primera aproximación por qué estimo asumible, para el delito de prevaricación dolosa, la configuración del deber como elemento definidor del delito.

2.2.1 Caracterización general de la categoría de los delitos de infracción de deber

Es de sobra conocido que la categoría de los delitos de infracción de deberes fue acuñada por ROXIN¹³⁸ al percatarse de la existencia de algunos tipos penales en los que el fundamento de la sanción residía en incumplimiento de las prestaciones inherentes a un determinado rol social en sí mismo, especial. No se atiende tanto en estos delitos al resultado producido en el mundo exterior por la acción del autor, que tendría, por así decirlo, un carácter secundario, sino al deber especial que compete a aquel en el seno de la sociedad en la que se inserta su conducta¹³⁹. No viene a ser una categoría contraria a la del dominio del hecho, sino más bien complementaria de la misma, en su función de determinar la naturaleza y ciertos efectos de los tipos de la Parte especial. Ello no implica que el autor investido de ese deber especial no pueda tener el dominio funcional del hecho, sino que lo esencial de la tipificación es la infracción de ese deber. En todo caso, los conceptos dominio del hecho e infracción de deber existen como realidades previas ya conformadas, debiendo inferirse su presencia en el tipo a través de la interpretación del mismo.

¹³⁸ Iniciada por LOBE en 1933, continuada por WELZEL y GALLAS y formulada por primera vez de forma completa por ROXIN en *“Täterschaft und Tatherrschaft”*, 1ª ed. 1963-8ª ed. 2008; traducción española de la 7ª ed. alemana CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2000 y de los mismos autores trad. de la 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016.

¹³⁹ Señala que hay dos métodos para que el legislador incluya una conducta típicamente delictiva de la manera más precisa posible; si se describe del modo más preciso posible se puede hablar de delitos de acción, en los que la figura central del suceso se determina conforme al “dominio del hecho” en sus múltiples formas de aparición. El segundo método consiste en la conexión con deberes constitutivos del tipo (de carácter pretípico) que han experimentado su concreción en los más diversos ámbitos del ordenamiento y cuya infracción provocadora o no evitadora del resultado típico se conmina con pena. El legislador se sirve de este método cuando lo decisivo para él no es la configuración o constitución externa de la conducta del autor sino la contravención del papel social asumido: ROXIN C. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Verlag C.H. München 2003, trad LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), PAREDES CASTAÑÓN J. M., DÍAZ y GARCÍA DE CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., *Derecho Penal Parte General* Civitas, Pamplona, 2014, pág. 179.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Será GÜNTHER JAKOBS¹⁴⁰ quien continúe doctrinalmente la evolución de esta categoría de los delitos de infracción de deber profundizando en lo que, de modo sintético, había sido enunciado por ROXIN. JAKOBS pondrá el acento en el fundamento de la responsabilidad para cada una de las categorías. En los delitos de dominio del hecho estaremos en presencia de una responsabilidad en virtud de la propia organización y en los de infracción de deber en virtud de una relación institucional. Dentro de la terminología de este autor, ha de entenderse organización como una manifestación de la libertad del individuo y su contrapartida de responsabilidad por lo actuado en ejercicio de dicha libertad. Y por relación institucional la existencia de deberes de comportamiento solidario en favor de un determinado bien jurídico, que lo sitúan en posición de garante. El origen de este vínculo especial derivará, de modo primigenio, bien de las relaciones familiares, bien del Estado. Y respecto del mismo no puede sustraerse el individuo porque le viene dado. En este sentido, viene a ser la realidad previa ya conformada de la que hablaba ROXIN. Ese vínculo especial con el bien jurídico que tiene el autor justifica la falta de accesoriedad en los delitos de infracción de deber. Esto es, se es siempre autor, con independencia de la contribución cuantitativa en la producción del hecho¹⁴¹.

No puede confundirse, en esta construcción, la categoría de los delitos de infracción de deber con la de los especiales, caracterizados éstos últimos por existir en ellos una restricción del círculo de posibles sujetos activos. La diferencia estriba en que para los delitos-infracciones ha de existir una institución que como tal, es preexistente, mientras que en los delitos especiales la restricción del círculo de posibles autores se debe a otras circunstancias, por concurrir en ellos ciertas características (vbr., ser deudor, en el alzamiento de bienes). Y lo que es más, en los delitos de infracción de deber existe una relación entre el autor y el bien jurídico que en los especiales sólo surge como consecuencia de la ejecución del hecho. Lógicamente, en los delitos especiales *stricto sensu* la imputación se fundamentará mediante el criterio del dominio del hecho. No obstante lo dicho, desde una perspectiva clasificatoria más amplia, como es la del círculo de posibles sujetos activos del delito, es evidente que los delitos de infracción de deber constituirían un subgrupo dentro de los delitos especiales, en contraposición estos últimos a los delitos comunes.

El estudio de los delitos de infracción de deber fue retomado con brillantez, como unáni-

¹⁴⁰ Cfr. JAKOBS G., en el original alemán *Strarecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungsfahre*, 2ª ed. 1991, 1/7, 7/57, 7/68, 7770, 21/2 y ss., 21/16, 21/116, 29/29, 29/57.

¹⁴¹ En nuestro CP, no obstante, el art. 65.3 contempla expresamente la participación del *extraneus* en los delitos especiales (en los que cabría incluir los de infracción de deber), manteniendo la unidad de título de imputación, mas rebajando la pena en uno o dos grados respecto de la correspondiente al autor.

mamente ha sido reconocido¹⁴², por SÁNCHEZ-VERA¹⁴³. Podría decirse que, enunciada la categoría de los delitos de infracción de deber por ROXIN y ampliada por JAKOBS, viene SÁNCHEZ-VERA a edificarla sobre una base teórica sólida que permita el ulterior desarrollo de la misma. Partamos para explicar su contribución de lo que literalmente señala el autor:

“El Derecho penal no se agota, por tanto, en el aseguramiento de esferas de libertad externas de forma negativa, sino que exige, en ocasiones, el establecimiento de relaciones positivas que se basan en instituciones positivas y que encuentran su expresión en los delitos de infracción de deber”¹⁴⁴.

Para llegar a esta conclusión se realiza un trabajo previo¹⁴⁵ de búsqueda de los fundamentos filosóficos y más en particular, iusfilosóficos, que permitan constituir la categoría objeto de estudio. En esta búsqueda irradia como punto de partida la expresión latina *neminem laede*, que devino principio del Derecho romano desde la época de Justiniano. En un exhaustivo recorrido por el pensamiento iusfilosófico, sobre todo alemán¹⁴⁶, pone de relieve que la idea de no ocasionar daño a los demás tiene un carácter preponderante en la configuración de toda sociedad. Se pone el acento en que de la prohibición de no dañar a otros se pueden derivar también deberes de actuar positivamente. Pero ello no implica un deber jurídico especial. Esto es, su incumplimiento no da lugar a delitos de infracción de deber, sino a delitos absolutamente equivalentes a los de comisión por dominio del hecho, básicamente porque, como se ha dicho, no está presente deber jurídico especial alguno.

Frente a la formulación general de estos deberes negativos los distintos sistemas filosóficos incluyeron deberes positivos, siquiera fuera de modo marginal por motivos históricos fácilmente comprensibles. Se pueden reducir esencialmente a dos: las relaciones familiares y las estatales. El rol que entra en juego en estos casos no es únicamente el rol persona, del que derivarían por tal condición, los deberes negativos, sino el papel derivado de una determinada función o cualidad que concurre en determinada persona. Estaremos en presencia del rol de padre, tutor, policía, cargo público o juez. Estos tres últimos, citados a título de ejemplo, entroncan con deberes positivos inherentes al Estado (mantenimiento de la seguridad, gestión de los asuntos públicos o resolver las controversias jurídicas de modo pacífico).

¹⁴² ROXIN, C., *Parte General Tomo I ...*, cit. pág. 180; Cfr. BERRUEZO R., *Delitos de dominio y de infracción de deber*, Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pág. 384 y ss.

¹⁴³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002. Es la versión española y actualización de su monografía *Pflichtdelikt und Beteiligung, -Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999.

¹⁴⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber...cit*, pág. 101.

¹⁴⁵ *Ibidem* pág. 83 a 105.

¹⁴⁶ *Ibidem* pág. 105 y ss.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Concluye este apartado SÁNCHEZ-VERA señalando¹⁴⁷ a modo de resumen que se trata, en definitiva, de la cuestión de si la persona se encuentra unida a un determinado bien jurídico de forma positiva (para su fomento) o se encuentra vinculado, en cambio, de manera simplemente negativa (no lesionar o poner en peligro).

Estas reflexiones muestran que el deber negativo de omisión *neminem laede* (prohibición) conceptualmente se diferencia del deber positivo de edificación de un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico (mandato). Los delitos de dominio lesionarían sólo una prohibición de dañar mientras que los delitos de infracción de deberes lesionarían, por lo menos y además, un mandato de edificar un mundo en común. Incluso los delitos de dominio por omisión quebrantan la misma prohibición que los delitos de dominio mediante acción. Partiendo de estas ideas, clarifica SÁNCHEZ-VERA¹⁴⁸ que los conceptos de prohibición y mandato son intercambiables desde el punto de vista lingüístico, no teniendo por qué vincularse consecuencia jurídica alguna a ninguno de ambos conceptos. Esto es, desde un punto de vista normativo carece de relevancia la forma en que casualmente se hayan formulado o se interprete una norma¹⁴⁹. A estos efectos y desde un punto de vista material considera útil el autor cuyas tesis exponemos el modelo interpretativo que distingue entre “tipos de interpretación” y “tipos codificados”, acuñado por SCHMIDHÄUSER y BÄRWINKEL. “Tipos de interpretación” son conceptos jurídicos supra positivos y “tipos codificados” son los recogidos en la letra de un párrafo o artículo. Con base en esta diferenciación la interpretación del articulado del CP no puede deducirse exclusivamente tan sólo de él mismo, sino que habrá de basarse en los tipos de interpretación acuñados por la ciencia del derecho general y en particular, por la del Derecho penal. De esta manera, la interpretación ha de conducir a discernir mediante el correspondiente tipo de interpretación (acuñado por la dogmática) si el mandato (la norma) se refiere a una institución positiva o a una institución negativa, de lo que se derivarán las consiguientes consecuencias dogmáticas.

Ha de concluirse, pues, indica SÁNCHEZ-VERA, que las expectativas que se dirigen a la edificación de una relación positiva para fomento de un bien jurídico determinado son dobles, en tanto que, por contra, las expectativas de la institución negativa no poseen esta dualidad. De lo que se infiere que quien se encuentra obligado por una institución positiva y viola la institución negativa, quebranta a la vez la institución positiva, lo que no se ofrece en sentido inverso, pues quien se encuentra obligado positivamente e incumple su deber quebrantando la institu-

¹⁴⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber...cit.*, pág. 105.

¹⁴⁸ *Ibidem* pág. 107 a 122.

¹⁴⁹ Lo explica con los siguientes ejemplos: todo mandato contiene ya, según su contenido, una prohibición de todo lo que se le oponga y toda acción puede ser formulada en omisión: quien mata omite no matar y el mandato de pagar al cónyuge una prestación de alimentos es idéntico a la prohibición de impago de la misma; *Ibidem*, pág. 108 a 110.

ción positiva no viola necesariamente la institución negativa¹⁵⁰.

2.2.2 Aplicación de la categoría y teoría de los delitos de infracción de deber a los cometidos por jueces y magistrados

Una de las críticas esenciales a la configuración misma de la categoría de los delitos de infracción de deber¹⁵¹ es la de considerar que los deberes derivados de instituciones positivas deben residenciarse exclusivamente, salvo casos muy excepcionales, en el ámbito de la moral y no traspasarse al ámbito del Derecho. Razona SÁNCHEZ-VERA¹⁵² que ello se debe a que la institución negativa tendría como misión proteger la esfera de libertad del individuo no sólo respecto de los otros, sino frente al Estado, siendo fruto de la época donde surgen tales ideas, el liberalismo¹⁵³, sin perjuicio de que se admitiera la necesidad de la existencia de ciertos deberes positivos. Sin embargo, entiende el citado autor que en la sociedad actual ha cambiado el paradigma. Esto es, en la configuración actual del Estado y las funciones a él atribuidas, el Estado no puede conformarse con garantizar la libertad individual en el sentido de la institución negativa, sino que debe ampliar el círculo de deberes jurídicos. Pero ello se aprecia desde un punto de vista sintético. No es que se haya de renunciar a la idea de libertad en favor de estatuir deberes de carácter positivo, sino que éstos son necesarios para la existencia real de aquella. Trasladado al ámbito del Derecho penal, quiere decir que se asume en el seno del mismo tal

¹⁵⁰ Se ilustran con el siguiente ejemplo: la madre que ahoga su hijo lesiona la institución positiva patria potestad y simultáneamente la negativa que obliga a no dañar a nadie. Pero si se limita a no salvar a su hijo que se está ahogando no infringe la institución negativa no dañar, sino que su responsabilidad nace exclusivamente de su deber positivo para con su hijo (*Ibidem*, pág. 119).

¹⁵¹ Sin perjuicio de las objeciones que en el ámbito más amplio de la Filosofía del Derecho se ha hecho a la existencia de deberes positivos (más allá de la mera abstención o *neminem laedere*), que son reconducibles al inconveniencia de limitar al individuo más allá de lo estrictamente necesario y que circunscriben los deberes derivados de las denominadas, en el ámbito del funcionalismo, instituciones positivas a la Ética o la Moral, son tres los principales obstáculos que, desde la doctrina penal, se han advertido en relación con la doctrina de los delitos de infracción de deber. A la sazón, que los deberes de actuar restringen la libertad del individuo más que los deberes negativos o de mera abstención; que las instituciones positivas contienen elementos morales que se sitúan en el ámbito de la Ética, no del Derecho, por lo que su admisión supondría una moralización ilícita del Derecho; y que los mandatos de las instituciones positivas no son tan precisos como las prohibiciones de las instituciones negativas, por lo que son inidóneos para constituir normas jurídicas. Ampliamente analizado por SÁNCHEZ-VERA, *op. cit.* pág. 123 a 152. Cfr., a estos efectos, citados en la misma, GALLAS, W., *Studien zum Unterlassungsdelikt*, Heidelberg, 1989, pág. 67 a 95 (si bien estas páginas se corresponden con un trabajo elaborado en 1963 y por lo tanto, con anterioridad a la formulación misma de la categoría de la infracción de deber por ROXIN); SEELMANN, K., *Solidaritätspflichten im Strafrecht?* En HEIKE HUNG, HEINZ MÜLLER-DIETZ y ULFRID NEUNMANN, *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Baden-Baden, 1991, pág. 225 y ss.; SAMSON, E., *Begehung und Unterlassung*, Festschrift für Hans WELZEL zum 70. Geburtstag, ed. Günter Stratenwerth et al., Berlín y Nueva York, 1974, pág. 579 y ss.; VOGEL J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1993, pág. 306 a 309.

¹⁵² SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber...cit.* pág. 141 a 148.

¹⁵³ ÁLVAREZ GARCÍA, J., en *Tratado de Derecho Penal español, Parte Especial, ...cit.* pág. 771.

necesidad a través de esta categoría defendida de los delitos de infracción de deber. Y es así porque, respecto de cada rol, existe una expectativa, el cumplimiento de la función inherente al mismo, en cuanto que institucionalizado positivamente. Son, precisamente, estas instituciones positivas, las que aseguran las condiciones elementales para la existencia de libertad o lo que es lo mismo, el cumplimiento del originario de deber de no dañar a los demás.

Se cita como ejemplo el derecho negativo a la libertad (en el sentido de que el ciudadano no puede ser privado ilícitamente de ella). En este ámbito, sólo puede hacerse realidad el mismo cuando puede ser defendido en un proceso judicial en el que existen ciertos deberes positivos que han de coadyuvar a su protección. Así, el deber de los testigos de declarar en juicio, el de los fiscales de defender la legalidad y el de los jueces de dictar sentencia, deberes positivos todos ellos que se integran en la más amplia institución positiva Justicia (o Poder Judicial).

Profundicemos en estas ideas que, ya sin mayor dilación, nos van a conducir al núcleo de lo aquí tratado.

2.2.3 Configuración institucional de la justicia y posición de los jueces en el seno de la “institución positiva” de la Justicia

Nada nuevo se dice cuando se habla de que el moderno Estado, en nuestro caso, social y democrático de Derecho, va a desarrollar una actividad prestacional, que va más allá de la originaria función de proteger la libertad del individuo frente a los excesos de quien detentara, en suma, el modernamente denominado poder ejecutivo¹⁵⁴.

Con el nacimiento del Estado constitucional que, como pone de relieve ÁLVAREZ GARCÍA, en nuestro ámbito fue más simbólico que real, al menos en sus inicios, las constituciones históricas, sobre todo la de 1812 y posteriormente la de 1848, se preocupaban, sin ambages, de idear una regulación de la justicia, que, ante todo, alejara a los jueces de ser meros servidores del monarca o, *mutatis mutandi*, de quien detentara efectivamente el poder ejecutivo. Ello generaba por así decirlo, una desconfianza del constituyente hacia la justicia en general y quienes la detentaban en particular. Pues, lógico es pensar que, si quien ha de aplicar en última instancia la ley (utilicemos este término genérico) no comulga con ella y por el contrario, se alinea con quien se sospecha que es reacio a ejecutarla, el trabajo del constituyente y del parlamento que emane del mismo podría quedar en una mera declaración de buenas intenciones. Este, pues, es el punto de partida de la regulación de la Justicia en las sucesivas constituciones y en las reglamentaciones, escasas, que se hicieron de la misma. Se da la circunstancia, pasados dos siglos,

¹⁵⁴ Vid. GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1984; MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona, 1994; LÓPEZ AGUILAR J.F., *La justicia y sus problemas en la Constitución: Justicia, jueces y fiscales en el estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1996.

que esos temores originarios de los constituyentes de Cádiz se dan actualmente en la doctrina no ya sólo constitucional, sino propiamente penal cuando se trata la cuestión del Poder Judicial¹⁵⁵.

Cabe plantearse qué tipo de institución representa en nuestro ordenamiento la Justicia o si se quiere decir de modo más acorde con el texto constitucional, el Poder Judicial.

Esto es, en la terminología funcionalista, ¿se estaría en presencia de una institución negativa -entendida como aquellas que tienen como misión proteger la libertad del individuo, o el clásico principio *neminem laedere*- o de una institución positiva? Se trata de discernir si, a los efectos del delito de prevaricación judicial, el juez tiene atribuida como función una prohibición o un mandato. Hemos visto ya¹⁵⁶ la inconveniencia de confundir el contenido material de ambos conceptos con la forma de cumplir su finalidad.

Aparece con nitidez que, como otras muchas funciones atribuidas al Estado, la de la Justicia (el Poder Judicial, en términos constitucionales) tiene un carácter prestacional. Básicamente por la función encomendada, “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” como dispone el artículo 117.3 de la Constitución. Pues, bajo el término juzgar, no puede entenderse incluido, exclusivamente, el momento de la decisión judicial *stricto sensu*, sino que presupone la necesidad de unas leyes de procedimiento, de unas instalaciones materiales donde desarrollar la función, de una serie de sujetos intervinientes, todo lo cual se orienta a permitir la ejecución de la función estatal de la Justicia. Lo mismo puede predicarse de la ejecución de las sentencias. Por tanto, poca duda puede caber del carácter positivo de la institución en la que se inserta el juez.

No puede estimarse contradictorio esa faceta prestacional de la institución con que en una de sus jurisdicciones, la penal, se desenvuelva la libertad del individuo en un contexto distinto al clásico “no dañar otro”, dado que la libertad personal puede ser legítimamente cuestionada, no ya porque exista la expectativa de la imposición de una pena privativa de libertad, sino porque, incluso, puede ésta, desde la perspectiva del sujeto pasivo del proceso penal, ser afectada provisionalmente. Esta afectación no es más que un medio legítimo y necesario para, precisamente, asegurar la vigencia del principio de no lesionar al otro o bien asegurar el funcionamiento de instituciones de carácter positivo (vgr., relaciones familiares o funcionariales).

¹⁵⁵ Se vislumbra en, por ejemplo, en GARCÍA ARÁN, en pasajes como “se parte (refiriéndose a la teoría subjetiva sobre la prevaricación) de la idea de que el Derecho es una especie de magma indescifrable ante el que los jueces no deben sino seguir sus propios impulsos anímicos para hacer justicia; GARCÍA ARÁN, M. *op. cit.* pág. 108. O “Una concepción meta-legal de justicia o la concepción del juez que hace justicia por encima de la legalidad no se acepta porque no se corresponde con el modelo judicial de sumisión a la ley que caracteriza nuestro sistema y porque supone una visión sacralizada de la justicia en desacuerdo con el Estado de Derecho”; GARCÍA ARÁN, M. *op. cit.* pág. 117 y 118. También RAMOS TAPIA, cuando identifica la teoría subjetiva de la prevaricación con considerar la función judicial “como algo cercano a lo sacerdotal”, RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial, cit.*, pág. 286.

¹⁵⁶ Cfr. nota 147.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

En este punto, conviene aclarar también que la esfera de libertad del individuo a que se refiere la expresión *neminem laedere* como objeto de protección de la norma penal ha de entenderse en un sentido integral, pues es evidente que no todas las conductas lesivas que suponen la infracción de deberes negativos relativos a salvaguardar la libertad del individuo *stricto sensu*. La personalidad es mucho más amplia, comprendiendo otro tipo de intereses que se materializan en diversas esferas de protección patrimonio, integridad física. Y tampoco puede soslayarse que existen intereses supraindividuales o colectivos, respecto de los que cabe entender también que existe la obligación de no lesionarlos (vgr. seguridad del tráfico, salud pública, seguridad nuclear, forma de gobierno).

Ahora bien, dicho lo anterior, no existe objeción conceptual para entroncar la clásica expresión *neminem laedere* con todas las facetas del individuo, no sólo la libertad, de los grupos y de la sociedad en general que requieren una prohibición o un mandato de la norma para no lesionarlos

Ello evidencia, de un lado, que, como razonaba SÁNCHEZ-VERA, el proceso penal protege el principio incuestionable de no dañar y que dicha finalidad se cumple de un modo plural. En primer lugar, porque presupone la existencia de un delito, que no es más que la configuración legal de una conducta que supone un ataque a intereses dignos de protección y que tiene asignada una función de prevención general positiva esto es, restaurar la confianza del ciudadano en la vigencia de la norma, así como de prevención general negativa, disuadiendo al resto de ciudadanos de realizar la conducta tipificada. En segundo lugar, porque estando ese delito castigado con una pena, el proceso penal es el vehículo previsto para la imposición de la misma. Y en tercer lugar, porque en la fase de ejecución se da cumplimiento al principio de prevención especial negativa mediante el cumplimiento de la pena y en los supuestos en que se declare la existencia de responsabilidad civil se intenta resarcir, en la medida de lo posible -la mayoría de las veces en términos económicos- el daño derivado de la comisión del delito. Por tanto, se llega a que para la protección del principio *neminem laedere* es necesario el establecimiento de un Poder judicial que, del modo descrito, la tutele.

Pero también el proceso penal protege instituciones de carácter positivo y exige el cumplimiento de deberes de este carácter. Buena prueba es el delito que estudiamos en este trabajo. En estos casos, el objeto de la norma penal y del proceso en sí mismo se expande más allá del principio *neminem laedere*.

Trasunto de lo que ocurre en el proceso penal son el resto de jurisdicciones. Piénsese en la multiplicidad de intereses individuales y colectivos cuya protección se ventila en los procesos civiles (vgr. derechos de crédito, derechos reales, derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, responsabilidad extracontractual) en los procesos ante la jurisdicción social (vgr. derechos laborales de los trabajadores, intereses económicos de la empresa, prestaciones de la segu-

ridad social) y como no, en la jurisdicción contencioso administrativa, en la que se establece la relación procesal entre el ciudadano y la Administración.

Existen otras razones que abonan defender el carácter positivo de la institución de la justicia y que guardan relación con la configuración del Estado como social y democrático de Derecho. La cláusula del Estado social, más allá de su enunciación en el artículo 1 de la Constitución, se residencia en el apartado segundo del artículo 9¹⁵⁷ cuando proclama que la libertad e igualdad del ciudadano sean reales y efectivas. Y cristaliza, igualmente, esa cláusula del Estado social en el mandato dirigido a los poderes públicos, entre los que se encuentran judicial, consistente en remover los obstáculos que impidan o dificulten su realización. Guardaría relación con ello en este ámbito que tratamos de la Justicia, el derecho a la justicia gratuita reconocido en el artículo 119 de la Constitución. Mas no sólo esta figura, sino también la moderna configuración de la víctima en el proceso penal¹⁵⁸ o los mecanismos de representación o defensa en el proceso de personas menores de edad, incapaces o desvalidas¹⁵⁹. Es la propia Constitución la que prevé los mecanismos de interacción de la cláusula del Estado social con el ejercicio de la potestad jurisdiccional, disponiendo en su artículo 53.2 “la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”. Así como, en el artículo 53.3 señalando que “El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.” Si bien sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen¹⁶⁰.

Se ve pues, reforzado el carácter positivo de la institución Justicia por cuanto que no sólo

¹⁵⁷ Art. 9.2 CE, “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

¹⁵⁸ Preámbulo de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito: “El presente Estatuto, en línea con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad”. Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F., “La tutela de la víctima en el proceso penal” en *Justicia: revista de derecho procesal*, N° 3-4, 1995, pág. 27-50; MARTÍN RÍOS, M. P., *Víctima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, Barcelona: Atelier, 2012. MAGRO SERVET, V., “El nuevo estatuto de la víctima en el proceso penal”, *Diario La Ley*, N° 7495, 2010.

¹⁵⁹ El principal de los cuales es la acción de Ministerio Fiscal, como dispone el art. 3.7 de su Estatuto Orgánico, aprobado por la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que enumera como una de sus funciones “Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.”

¹⁶⁰ Vgr., los Principios rectores de la política social y económica reconocidos en el Capítulo III del Libro I pues, en virtud del art. 53 CE, su reconocimiento, el respeto y la protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, aunque sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

está orientada a la protección, en último término, de la integridad de los ciudadanos desde la perspectiva de sus derechos e intereses, sino que ha de otorgar una tutela efectiva a los Derechos Fundamentales y al principio de igualdad. E, incluso, derechos o principios no desarrollados expresamente por las leyes, tienen un carácter informador de la práctica judicial.

Configurada de este modo la Justicia se llega al siguiente paso, cual es determinar qué papel o función desempeñan, en el seno de la misma, jueces y magistrados. Y ello en orden a determinar si, en efecto, les compete un deber institucional respecto de la misma.

2.2.3.1. Posición institucional

La función de jueces y magistrados está claramente definida y delimitada en el artículo 117 de la Constitución. Definida porque se les encomienda “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Delimitada porque se señala en el apartado 4 de dicho artículo que “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior”. Partiendo de esta función, a la que podrían sumarse otras específicas en ciertas materias no exclusivamente jurisdiccionales¹⁶¹, se han de determinar los deberes.

Es obvio que, una vez asumida la condición de juez o magistrado (bien de carrera, bien sustituto o suplente) el principal deber estatutario consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado. Mas, para esta obligación, que es el reverso de la facultad de que son investidos, ya el propio texto constitucional, al regular la configuración del Poder Judicial, impone, por así decirlo, las condiciones esenciales de ejercicio, señalando que los jueces y magistrados son “independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

A este respecto indica PEDREIRA GONZÁLEZ¹⁶² que las restantes características podría decirse que desempeñan una función instrumental respecto de la sumisión exclusiva a la ley. Y ello, señala, porque “como se ha puesto de manifiesto por la doctrina (vgr. PÉREZ ROYO, LÓPEZ AGUILAR), en nuestro sistema la única legitimación democrática del juzgador es constreñirse a la aplicación de la ley, que expresa la voluntad general, pues sólo en este sentido podrá decirse que la justicia, a pesar de estar administrada por quien no ha sido elegido ni directa ni indirectamente por el pueblo, sin embargo, emana del pueblo. Sin perjuicio de que no pueda menos que compartirse esta afirmación, entiendo que cabe matizarse con la de que cuentan con legitimidad de origen, derivada en primer lugar de la propia Constitución, que en su artículo 122.1 diseña un sistema de jueces y magistrados de carrera, que formen un cuerpo único, en la forma que determine la ley orgánica a la que dicho precepto encomienda la regulación de esta materia. Por tanto, quien acceda a la carrera en la forma prevista cuenta con legitimidad consti-

¹⁶¹ Vgr., administración electoral o legalización de los libros del Registro de la Propiedad.

¹⁶² PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Problemas fundamentales...* cit. pág. 30.

tucional para actuar, aun cuando “no ha sido elegido ni directa ni indirectamente por el pueblo”. Entiendo que la legitimidad de ejercicio de que habla la doctrina constitucionalista se refiere a que el mantenimiento en el ejercicio de su función, al no depender de la ratificación política de su actuación (vgr. electoralmente), se halla vinculado al adecuado desempeño de la misma, que incluye de manera insoslayable el sometimiento y aplicación de la ley. Sometimiento este último que, dicho sea de paso y en virtud del artículo 103 CE, rige respecto de los funcionarios públicos que se integran en el Poder Ejecutivo, los cuales, salvo que se trate de cargos electivos o de confianza, también se han de legitimar en su ejercicio a través de aquel sometimiento. Con todo ello quiero expresar que no creo que haya de identificarse la exigencia de sometimiento al imperio de la ley como un tara de legitimidad que el propio constituyente aprecie en los jueces y magistrados sino, sencillamente, como una de sus obligaciones capitales en el desarrollo de la función encomendada y asumida.

No es esta del art. 117 CE la única previsión constitucional que configura el estatuto judicial. No puede soslayarse la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3) y dentro del ámbito de los derechos fundamentales, la configuración como uno de ellos, en el artículo 24.1, de la tutela judicial efectiva. Teniendo en cuenta el rango constitucional de los derechos reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Libro I de la Constitución, es evidente que el ejercicio de la potestad jurisdiccional ha de colmar las exigencias derivadas del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, se podría llegar a una primera conclusión en la búsqueda del deber jurídico, antepuesto al penal, al que se hallan sujetos los jueces y magistrados. Y es que deben satisfacer, mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, las finalidades de la institución en la que se insertan. Esta satisfacción puede ponerse en entredicho bien de un modo activo, esto es, ejercitando la potestad jurisdiccional de un modo que no permita la efectividad del derecho, bien de un modo pasivo, sencillamente, no juzgando o no ejecutando. Ambos tipos de conducta se encontrarían cristalizados entre los delitos contra la Administración de Justicia. La activa, mediante el delito de prevaricación, dolosa (artículo 446 CP) o imprudente (artículo 447 CP). Y la omisiva, mediante los delitos de negativa a juzgar y retardo malicioso (arts. 448 y 449 CP).

Estas formas de aparición no son más que manifestaciones del quebranto del aludido deber, esto es, se contempla ese quebranto a través de su fenomenología, concretándose típicamente algunas formas de aparición que el legislador penal ha considerado pertinente tipificar como delito (podrían haber otras).

Sin embargo, esta primera aproximación al deber o deberes en cuya búsqueda nos encontramos inmersos no puede ser la definitiva.

Procede seguir indagando donde se encuentran tales deberes. Si nos fijamos bien, concluido que el deber buscado no puede identificarse con la esencia de la función constitucio-

nalmente asignada, la otra alternativa es concebirlo como condición que permite un adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional, de manera que su infracción sea incompatible con un adecuado ejercicio de la función constitucionalmente encomendada.

Teniendo en cuenta la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico y dedicando ésta un Título en exclusiva al Poder judicial y un precepto a describir el estatuto judicial, no entiendo que haya fuente más segura y legítima para decantar los esenciales deberes del juez para con la institución que aquellos que se enumeran en el art. 117. El tenor literal del precepto habla de “Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. Es evidente que la inamovilidad es una garantía institucional para evitar situaciones como las famosas “cesantías”, en que el mantenimiento o remoción del cargo se hallaba vinculado a los cambios de gobierno. Por otra parte, la responsabilidad¹⁶³ es un medio de salvaguarda del cumplimiento del deber, con lo que no puede confundirse con el deber mismo.

Prescindiendo pues, de estas notas, que desde la perspectiva del juez no puede configurarse como un deber, restan la independencia y el sometimiento “al imperio de la ley”. En estrecha conexión con ambas y aun sin reconocimiento expreso en el texto constitucional, mas contando con su mismo rango normativo, por las razones que luego se explicarán, ha de adelantarse que también cabe situar la imparcialidad.

2.2.3.2. La independencia y la imparcialidad. Consideraciones sobre el devenir histórico del poder judicial

La independencia judicial es parte indisoluble del sistema de separación de poderes en el Estado constitucional. Se data comúnmente el origen esta forma de configuración política primero en el constitucionalismo americano y posteriormente en el constitucionalismo francés¹⁶⁴. El bagaje ideológico de la tripartición (legislativo, ejecutivo y judicial) tiene como clara

¹⁶³ La LOPJ en el Título III del Libro IV regula la responsabilidad penal y disciplinaria de jueces y magistrados. Respecto de la penal, la regulación orgánica se limita a establecer algunas cautelas sobre el inicio del procedimiento (arts. 405 a 410). Y en cuanto a la disciplinaria, regulada en los arts. 414 a 427, se tipifican las infracciones y sanciones y se regula el procedimiento sancionador. Sobre la responsabilidad civil no se contempla norma especial.

¹⁶⁴ La Constitución Federal de 1787 instauraba para los Estados Unidos los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. La Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de carácter eminentemente más programático, enunciaba en su art. 16 que “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución.”. Cfr. JELLINEK, G., *La declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano*, trad. POSADA, A., Comares, Granada, 2009. En relación con los tres modelos primigenios de constitucionalismo (inglés, americano y francés) y sus diferencias afirma PECES-BARBA que “debemos partir de la afirmación básica de que los tres se sitúan en el ámbito de la cultura política y jurídica en la misma preocupación que motiva la aparición de esta primera etapa histórica de los derechos: la necesidad de la limitación del poder político del Estado Absoluto moderno, y de que existe una interinfluencia genérica

referencia a MONTESQUIEU, si bien previamente LOCKE había distinguido entre poder legislativo y poder ejecutivo, de modo que la justicia se integraría en el segundo¹⁶⁵. Con todo, el constitucionalismo francés y el americano darían una interpretación distinta a tal formulación.

LOUSADA AROCHENA y RON LATAS¹⁶⁶ ponen de relieve que el distinto contexto histórico en que se desenvuelven ambas naciones justificaría esa diversa interpretación o si se quiere, aplicación, de las tesis del barón de MONTESQUIEU. Conviene traer a colación alguna de las circunstancias históricas concurrentes en cada uno de ellos.

Así, en relación con Francia¹⁶⁷, exponen dichos autores que la organización judicial prerrevolucionaria consistía, esencialmente, en los “parlements”, tribunales provinciales cuyos cargos eran venales y eventualmente hereditarios, dando lugar a lo que se denominó “*noblesse de robe*” (nobleza de toga). A ello se unía que ostentaban ciertas competencias administrativas y la posibilidad de contestar la promulgación de nuevas leyes, cuestionamiento que, en última instancia, sólo podía vencer el rey constituido en presidente del concreto “*parlement*”. La conjunción de ambos factores generó un conservadurismo extremo que se oponía a la introducción de cualquier reforma imbuida de las ideas ilustradas. Fácil es advertir que devinieron en un factor de protección de los intereses de la nobleza y no hubo duda en considerarlos contrarrevolucionarios, dando lugar a lo que se denominó “*méfiance de juges*” (desconfianza hacia los jueces)¹⁶⁸. Ello justificó que, pese a que con la ley de la Asamblea Nacional de 16 y 29 de agosto de 1790 sobre organización judicial se constituyera el judicial como poder, se estableciera una rígida separación con el legislativo, prohibiendo cualquier participación, aun indirecta, en funciones legislativas y estableciendo la obligación de consultar al legislativo cuando

evidente, tanto en la reflexión filosófico-moral que los justifica, como en los modelos de Derecho positivo en que cristalizan, sobre todo en los sistemas americano y francés”; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa”, *Anuario de Filosofía del Derecho VI*, 1989, pág. 61.

¹⁶⁵ Concretamente, LOCKE en el capítulo XII del “Segundo Tratado sobre el Gobierno civil”(1689); LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil* trad. MELLIZO CUADRADO, C., Tecnos, Madrid, 2010. MONTESQUIEU, por su parte, con evidente inspiración en el primero, dentro del Capítulo VI (De la Constitución de Inglaterra) del Libro XI del Espíritu de las leyes estima que el poder judicial se designará como “el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil” mediante el cual “castiga (el príncipe o jefe del Estado) los delitos y juzga las diferencias entre particulares”. DE SECONDANT MONTESQUIEU C., *Del Espíritu de las Leyes*, trad. BLÁZQUEZ, M. y DE VEGA P., 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2006.

¹⁶⁶ LOUSADA AROCHENA, J. F. y RON LATAS, R. P., *La independencia judicial*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 14.

¹⁶⁷ *Ibidem* pág. 15 a 22.

¹⁶⁸ Díez-PICAZO GIMÉNEZ pone de relieve como factor histórico justificante de esta desconfianza la oposición aristocrática y corporativa de los parlements (los jueces, en definitiva) a todo intento de reforma socioeconómica ilustrada y como factor ideológico. Díez-PICAZO GIMÉNEZ L. M., “La soberanía del legislador”; “Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial”. *Revista Española de Derecho constitucional*, nº 34, 1992, pág. 28 y 29.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

existieran dudas sobre la interpretación de una norma (*reféré legislative*, que se suprimiría en 1837), instaurándose a tal efecto la *Cour de Casation*, inicialmente integrada en el poder legislativo. Respecto del poder ejecutivo la separación (realmente, prohibición de injerencia) llegaría hasta el punto de excluir los actos de la administración del control judicial, dándose el fenómeno de la "jurisdicción administrativa retenida", en cuanto que habría de ser la Administración quien controlara sus propios actos.

En el constitucionalismo estadounidense, valoran LOUSADA AROCHENA y RON LATAS, al no partirse de las anteriores premisas se hará una lectura de MONTESQUIEU menos rígida, entendiéndose la división de poderes como un sistema de frenos y contrapesos ("*check and balances*"). Ello se materializará en intromisiones, constitucionalmente previstas, del legislativo en el ejecutivo y en el judicial y del ejecutivo en el primero. La razón de este sistema de contrapesos es la reticencia de las colonias, devenidas Estados, a la creación de poderes federales fuertes, en particular respecto del legislativo, lo que moduló su potencial expansión a fin de facilitar la aprobación de la Constitución en cada uno de los Estados. A ello se le sumaría, posteriormente, en 1803, el control constitucional de las leyes por el Tribunal Supremo Federal que se arrogó éste con el dictado de la celeberrima sentencia del caso *Marbury versus Madison*¹⁶⁹.

El análisis en paralelo de ambos sistemas constitucionales pone de manifiesto que la organización estatal creada tras la Revolución francesa parte de una desconfianza en el estamento judicial fundada en la secular experiencia previa, que identificaba a aquel como un medio de preservación de los privilegios de la antigua aristocracia, desconfianza de la que no se partía en Estado Unidos, donde los contrapesos pretendían solventar reticencias de carácter territorial, huelga decir que lastradas por las previas relaciones colonias-metrópli.

No sería descabellado afirmar que esa desconfianza inicial del constitucionalismo francés devendrá atávica aun diluyéndose la relevancia social de la aristocracia en cuanto que sustituida, como grupo que se estimaba dominante, por un nuevo patriciado, que no tardaría en identificarse con la floreciente burguesía, sobre todo urbana, máxime tras el nacimiento, a mediados del siglo XIX, del movimiento obrero y posteriormente del socialismo. Es decir, con la sustitución del orden propio del Antiguo Régimen por el moderno Estado constitucional, si bien se hizo *tabula rasa* respecto de la organización judicial anterior, la desconfianza, constitucionalmente materializada en restringir lo máximo posible el eventual potencial expansivo del poder judicial respecto de los otros poderes (hasta el punto de excluir al poder ejecutivo del control judicial), quedó como un poso de, por así decirlo, reserva, frente a aquel de los poderes

¹⁶⁹ Cfr. MANILI, P. L. (coord.), *Marbury vs. Madison, reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, Ed. Porrúa, México D.F, 2011; FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El trasfondo político y jurídico de la *Marbury v Madison Decision*", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* n° 15, Madrid, 2011, pág. 139-224.

que tenía por misión la resolución de conflictos entre particulares pero también el ejercicio del poder coercitivo organizado del Estado. No es este el lugar, desde luego, para profundizar en la cuestión, polémica sin duda, mas sí que cabe señalar que, cuando se enuncia la independencia en el constitucionalismo procedente de este cuño como atributo del poder judicial, no puede entenderse, verdaderamente, como reflejo de una real intención de configurar un poder auténticamente independiente en el sentido que etimológicamente pudiera tener el término, sino sometido a estricto control por parte de los otros dos poderes y con escaso o nulo potencial de injerencia en los restantes.

A juicio de ANDRÉS IBÁÑEZ¹⁷⁰, en suma, el Estado liberal (parece referirse al de corte continental) conocerá una administración de justicia funcionalmente diferenciada, independiente en la retórica, pero políticamente integrada en el marco del ejecutivo y gobernada por él. El modelo rinde culto a MONTESQUIEU aunque debe más a ROUSSEAU en lo relativo a la concepción del poder y realiza el paradigma de BONAPARTE, para el que la justicia es “*le plus grand moyen d’un gouvernement*” (el mejor medio de un gobierno).

Sobre la base de estos mimbres históricos es evidente que ha de relativizarse la cuestión de la “independencia” como elemento configurador del estatuto del juez. De hecho, se enuncia la misma el art. 117 CE como atributo del juez, no del Poder judicial en sí.

2.2.3.3. Integración o separabilidad de los conceptos

AGUILÓ REGLA habla de que la independencia y la imparcialidad son dos tópicos del rol del juez en el ideal del Estado de Derecho, “lo que les confiere el carácter de ser ampliamente aceptados y recurrentemente utilizados”¹⁷¹.

En efecto, tratándose de definir la esencia de la jurisdicción, más allá del ropaje normativo concreto con el que aparezca revestida en un momento histórico-político concreto, nuestro acervo político-cultural no puede prescindir de ambos elementos como integrantes de la misma. El deslinde, sin, embargo, puede ofrecer cierta dificultad e inducir a confusión. Podrían proponerse tres enfoques: independencia como condición necesaria y previa (en sentido lógico) para que exista imparcialidad; independencia e imparcialidad como conceptos que aluden a realidades distintas no necesariamente interconectadas, de modo que la independencia tendría una proyección institucional u orgánica y la imparcialidad una proyección procesal y finalmente, integrar independencia a imparcialidad, aunando sus caracteres en una condición de ejercicio

¹⁷⁰ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Imparcialidad judicial e independencia judicial”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 105, 2008, pág. 4.

¹⁷¹ AGUILÓ REGLA J., “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía*, nº 6, abril 1997. Esta publicación recoge la conferencia pronunciada en el Seminario sobre argumentación jurídica que tuvo lugar en México entre el 23 y el 28 de septiembre de 1996, pág. 71.

adecuado de la función jurisdiccional.

Por esta última posibilidad parece decantarse ANDRÉS IBÁÑEZ cuando indica que el valor imparcialidad aparece formando parte de un todo relativamente indiferenciado con el de independencia. Puede decirse, añade, que la independencia como cuestión mira preferentemente a la dimensión política de la justicia -instancia de poder- en su consideración más general mientras la imparcialidad aparece como un atributo de la jurisdicción en la vertiente del caso teniendo menos densidad política¹⁷².

En concreto, “estrechamente interimplicados, independencia e imparcialidad son, pues, términos conceptualmente susceptibles de deslinde, mediante el análisis. Éste hace ver que la relación que mantienen, en el plano constitucional, es de funcionalidad del primero respecto del segundo. Y de ambos al principio de legalidad: sujeción del juez sólo a la ley, que, a su vez, mira a hacer efectivo el principio de igualdad. Por tanto, la independencia guarda relación con la posición de la magistratura en el marco estatal y con la del juez en el contexto orgánico. La imparcialidad, tiene en la independencia un presupuesto o condición de posibilidad; y su espacio propio de actuación en el enjuiciamiento. Condición de posibilidad, y como tal, necesaria pero no bastante, porque es claro que un juez o tribunal no políticamente condicionado en el ejercicio de su función, podría, al mismo tiempo, no estar en posición de equidistancia en la relación con las partes procesales y con el objeto del juicio. En este sentido, mientras la independencia es una garantía de carácter orgánico, la imparcialidad lo es de naturaleza más bien procesal, en cuanto despliega sus efectos dentro del proceso, proyectándolos sobre las partes y el asunto litigioso”¹⁷³.

No parece, desde luego, que haya de tener importancia capital el modo de interrelación conceptual de ambas instituciones sino más bien cuál haya de ser el contenido de cada una y la función llamada a desempeñar en la configuración del Poder judicial y del ejercicio de la jurisdicción por cada juez o magistrado. En todo caso, si cupiera plantearse cuál de las dos figuras es

¹⁷² ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Imparcialidad judicial...” *cit.* pág. 5.

¹⁷³ Añade ANDRÉS que integran un valor complejo, con una pluralidad de dimensiones: política, jurídica, epistémica y ética. La dimensión política la identifica con el modo de inserción de la magistratura, como instancia, en el aparato estatal (vertiente externa), que determina su estatuto. La dimensión jurídica, partiendo de la anterior, se materializa en el régimen de garantías procesales, desplegando sus efectos en dos terrenos: el de las relaciones del juez con las partes y de éstas entre sí, y en el de la práctica de las pruebas y el uso de los medios probatorios; la dimensión ética se despliega en el plano del enjuiciamiento *stricto sensu*, que discurre por los cauces de la inducción probatoria y sigue las reglas del método hipotético deductivo, que han de exteriorizarse mediante una adecuada motivación. La dimensión epistémica se evidencia mediante el derecho a la presunción de inocencia, regla de juicio que impone al juez la adopción de una posición de neutralidad, de ausencia de pre-juicios en el punto de partida del enjuiciamiento y, como corolario, la absolución en ausencia de datos probatorios de cargo.

En síntesis, el deber de independencia-imparcialidad, de carácter político en un primer momento, es más bien jurídica en otro; y termina por ser la traducción procesal de ciertas pautas muy acreditadas en el ámbito del saber científico. Con pleno fundamento, ya que el juez tiene que ser imparcial, precisamente, para conocer, para saber bien del objeto de la causa. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Imparcialidad judicial...” *Op. cit.* pág. 6 a 12.

consustancial a la otra, parece deducirse que si la independencia tiene una vertiente de carácter orgánico o institucional, tendente a posibilitar el ejercicio de la jurisdicción, parece que el fin de la misma es dar lugar una posición adecuada del juez a la hora de resolver el litigio y por tanto, posibilitar su imparcialidad, con lo que podría llegarse a que la independencia es, cuanto menos, instrumental respecto de la imparcialidad.

No parece, sin embargo considerarlo así los constituyentes y el propio legislador, pues desde un punto de vista de reconocimiento normativo la preeminencia la ostenta, sin duda, la independencia, que siempre es solemnemente proclamada frente a la habitual preterición de la imparcialidad.

2.2.3.4. Plasmación normativa de la independencia y la imparcialidad

Frente al expreso reconocimiento de la independencia como atributo de la condición de juez, la exigencia de imparcialidad no se incluye en la Constitución de 1978. No se hace referencia a ella ni en el artículo 24¹⁷⁴, donde se reconocen una serie de derechos procesales del ciudadano, ni en el artículo 117, donde se definen las características esenciales del Poder Judicial o, más en concreto, de quienes lo desempeñan¹⁷⁵. Como tampoco en las disposiciones generales de la LOPJ relativas al ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículos 1 a 20)¹⁷⁶.

Podríamos convenir, no obstante, que ello es irrelevante, en la medida en que la imparcialidad sí se contempla en los instrumentos internacionales que conforman, complementando el texto constitucional, nuestro marco normativo-dogmático de derechos fundamentales. Así, contamos con el artículo. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (que no tiene el carácter de un tratado internacional del que se deriven obligaciones para los Estados firmantes, por más que hay devenido lo en ella reconocido costumbre internacional, si bien tiene valor interno al menos interpretativo conforme al art. 10.2 de la Constitución), el artículo 14 del

¹⁷⁴ Opina JIMÉNEZ ASENSIO que, en todo caso, se trata de un “derecho oculto” que se inserta o adhiere en uno de los “derechos racimo” que forman parte de ese tronco común que se denomina derecho a la tutela judicial efectiva y garantías del proceso; JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978”, *Estudios de Derecho Judicial* nº 151, CGPJ, 2008, pág. 6.

¹⁷⁵ Respecto de esta omisión señala VALDECABRES ORTIZ que la imparcialidad no es una opción política por la que el constituyente tuviera que decantarse y, por tanto, pronunciarse expresamente como ocurre, por ejemplo, con la independencia del poder judicial; sino de un atributo inherente a la función jurisdiccional, a la esencia de la noción misma de ser juez y no ser parte. Y por inherente no precisa ser mencionado, pero no por ello ser minimizado ni presumido, pues representa una cuestión de legitimación pública de la jurisdicción. VALDECABRES ORTIZ., M.I.: *Imparcialidad del Juez y medios de comunicación*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004, pág. 115.

¹⁷⁶ Sin perjuicio de que el artículo 318 LOPJ, al enunciar la fórmula del juramento o promesa que han de prestar quienes ingresan en al Carrera Judicial o ascienden de categoría, la cite: “Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, lealtad a la Corona, administrar recta e imparcial justicia y cumplir mis deberes judiciales frente a todos”.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966¹⁷⁷ (BOE 30 de abril de 1977) y el artículo. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales¹⁷⁸, celebrado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (BOE 10 de octubre de 1979). En los dos últimos casos, se trata de tratados internacionales de obligado cumplimiento desde su ratificación, a lo que ha de añadirse, para el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la garantía de la sumisión a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Estos tratados, por la vía de los artículos 96.1¹⁷⁹ y 10.2¹⁸⁰ de la Constitución vendrían a introducir entre las garantías del ciudadano la de ser sometido a un tribunal imparcial y entre las obligaciones del Poder Judicial como institución y de los jueces que lo integran la de ser imparciales¹⁸¹.

Por tanto, al fin y a la postre, la imparcialidad es elemento constitutivo, con el mayor rango normativo, de la justicia, operando como garantía del ciudadano y como obligación estatutaria de los llamados a ejercer el Poder Judicial, los jueces y magistrados.

No existe, pues, razón “normativa” para dar mayor importancia a la independencia que a la imparcialidad por el mero hecho de que no se mencione esta última en el artículo que configura el estatuto esencial de los jueces y magistrados (117.1 CE).

De hecho y como describe TARUFFO, a estos efectos, en los sistemas procesales de *civil law* (entre los que cabe situar el nuestro) se garantiza la independencia como condición necesaria de la imparcialidad. Generalmente se garantiza, como se ha visto, a nivel constitucional y posteriormente se aplica esencialmente en dos aspectos: a) en la selección y nombramiento de los jueces con métodos (concurso público con o sin cursos de formación profesional) referidos exclusivamente a la capacidad profesional; b) en la creación de órganos que, entre otras

¹⁷⁷ “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”

¹⁷⁸ “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.”

¹⁷⁹ “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”.

¹⁸⁰ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

¹⁸¹ A lo que añade JIMÉNEZ ASENSIO que más recientemente, se ha incorporado este derecho a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza en el año 2000, en su artículo 47, y con posterioridad se trasladó al Proyecto de Constitución Europea y finalmente la Carta de Derechos Fundamentales, que se incorporó a los Tratados comunitarios según la redacción dada al artículo 6 por el Tratado de Lisboa. JIMÉNEZ ASENSIO, R., *op. cit.* pág. 8.

funciones, controlan dichas selecciones y nombramientos, además de las progresiones de carrera de los magistrados, y los asignan a los distintos órganos jurisdiccionales¹⁸².

Siendo este el contexto normativo, adquieren sentido las palabras de AGUILÓ REGLA cuando indica que “la definición de la posición institucional del juez en el Estado de Derecho vendrá dada por la consideración de cuáles son sus poderes y cuáles son sus deberes”. En relación con ellos existen, a juicio de AGUILÓ, dos deformaciones comunes de la idea de independencia, debido a ignorar alguno de los dos elementos. La primera es identificar independencia con autonomía y la segunda identificarla con soberanía.

La autonomía, entendida como el poder de actuar desde la propia convicción, es incompatible, a su juicio, con la posición institucional del juez, pues la independencia judicial es la negación de la autonomía, dado que en el ejercicio de la jurisdicción el juez debe ser independiente incluso de sus propios credos autónomamente aceptados.

Por otra parte, hablar de soberanía respecto de los jueces supondría, a su juicio, incurrir en otro error, pues no se la puede identificar con la ausencia de sujeción a control institucional de cierta clase de resoluciones (vgr, las firmes). Ello no significa ser “soberano”, pues la soberanía “es una cuestión de hecho consistente en determinar quién ostenta el poder en una determinada sociedad política”¹⁸³.

Estas consideraciones parecen ciertas, habida cuenta de la configuración del Poder judicial. Más allá de las concretas previsiones constitucionales señaladas, corresponde al Poder legislativo la regulación del estatuto judicial y la dotación presupuestaria para la remuneración de los jueces con base en la propuesta del ejecutivo. La gestión de medios materiales necesarios para el desarrollo de la función corresponde también al ejecutivo. La independencia parece quedar restringida, pues, a su expresión en el dictado de resoluciones por parte de cada uno de los jueces y magistrados integrantes del Poder judicial, en el sentido de no verse inquietados en el desarrollo de su función.

Sin embargo, también esto último es matizable. Trayendo de nuevo a colación las palabras de ANDRÉS IBÁÑEZ, “los principios constitucionales de independencia (e imparcialidad) cuentan con un régimen de garantías que, suficientemente observado, podría dotarlos de la necesaria eficacia: la que precisa una jurisdicción digna de ese nombre. Pero, como también ha podido verse, en el propio tejido institucional, supuestamente al servicio de aquéllos y en las prácticas que alberga, cabe registrar una pluralidad de momentos que son otros tantos supuestos de atenuación o de práctica derogación de esos imperativos, francamente toleradas cuando no eficazmente estimuladas. Con lo que buena parte de la vida de esos principios discurre,

¹⁸² TARUFFO, M., “La cultura de la imparcialidad en los países del *Comon Law* y del Derecho continental”, *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ, nº 151 pág. 7 y 8.

¹⁸³ AGUILÓ REGLA J., “Independencia e imparcialidad...” *cit.* pág. 76.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

permanece confinada, en el marco evanescente de los diversos discursos oficiales; que brindan un espeso manto de cobertura ideológica a pequeñas y grandes rupturas del cuadro de valores (supuestamente) rector del cometido jurisdiccional. Y que alimentan la falsa conciencia de los jueces y contribuyen a hacer más llevadera la mala conciencia, si es que -en el mejor de los casos- ésta existe, con su inevitable coeficiente de desazón”¹⁸⁴.

En idéntico sentido se pronuncia JIMÉNEZ ASENSIO cuando trae a colación la configuración del órgano de gobierno del Poder Judicial “cuya lógica de politización (o de colonización por los partidos políticos) ha sido hasta la fecha el lastre fundamental de su mal funcionamiento y de su pérdida creciente de legitimidad institucional. Los nombramientos discrecionales para órganos gubernativos y para Magistrados del TS y TC han estado, por lo general, manchados de la impronta partidocrática que el órgano tiene. Desde el papel de las asociaciones judiciales en este terreno (como instrumentos sustitutivos de unas restricciones constitucionales innegables a los jueces de disfrutar el derecho de asociación política y de libertad sindical), hasta cuestiones más puntuales como son el acceso a la carrera judicial, sea a través de cualesquiera de los turnos de acceso, de personas que han tenido una militancia política contrastada (e, incluso, que han desempeñado cargos institucionales de cierta relevancia) o, asimismo, de la participación de los Jueces en determinados actos públicos convocados por determinadas fuerzas políticas”¹⁸⁵.

Existen dos factores que influyen notoriamente en esta cuestión y que aflora particularmente a la hora de configurar la responsabilidad, en el caso que aquí tratamos, penal, de jueces y magistrados.

El primer factor es el inherente a que a través de ellos se ejercite uno de los Poderes del Estado, y consiste en la célebre frase ¿quién controla a los jueces?¹⁸⁶. Porque, claro, pese a que

¹⁸⁴ ANDRES IBAÑEZ, P., *op.cit.* pág. 15 a 17.

¹⁸⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Imparcialidad judicial...”, pág. 5 y 6. Se refiere, particularmente, a la injerencia política en los nombramientos de altos cargos judiciales, que lo son en régimen de discrecionalidad por parte del CGPJ, cuya composición, a su vez, ha devenido un mero reflejo de la distribución de fuerzas parlamentarias. Es decir, la mayoría cualificada que el actual régimen diseñado por la LOPJ exige no se manifiesta en un acuerdo necesario para nombrar a las veinte personas más idóneas, sino en una mera distribución por cuotas en función del número de diputados con que cuente cada grupo político que sea partícipe de las “negociaciones” previas. Esto es, el acuerdo se limita a respetar la proposición del contrario, para que éste, a su vez, respete la propia y en suma, se logre la mayoría cualificada requerida en las Cortes. Mención aparte merece la actuación del asociacionismo judicial, que aglutina, a través de las diferentes asociaciones, a no más de la mitad de los miembros de la Carrera judicial mas, por así decirlo, copa la inmensa mayoría de los vocales del CGPJ de procedencia judicial, de lo que posteriormente son trasunto los nombramientos de altos cargos judiciales, habitualmente vinculados a ciertas asociaciones.

¹⁸⁶ Afirma RUIZ MIGUEL que “La pregunta por la vigilancia de los vigilantes (*quis custodiet ipsos custodios*) permite destacar la peculiar naturaleza de la prevaricación judicial como cierre o “clave de bóveda” del mecanismo sancionatorio de un sistema jurídico bajo el imperio de la ley. El tema atañe a la también *vexata quaestio* del papel de las sanciones en el Derecho, que no por casualidad está conectada a una igualmente vieja y persistente disputa sobre el alcance de la soberanía del Estado. Por plantearlo muy sencillamente, se diría que un sistema jurídico en el que ciertos incumplimientos graves de la ley no están jurídicamente sancionados carece de un rasgo esencial del

es obvio que desde un punto de vista cuantitativo la importancia del Poder judicial es escasa si se le compara, por ejemplo, con el Poder ejecutivo, lo cierto es que tanto los miembros de éste como del legislativo están sujetos, en último término, a las decisiones judiciales que eventualmente se pudieran adoptar en relación con su conducta, previa tramitación del oportuno procedimiento, de la clase que fuera. Por el contrario, la responsabilidad del ejercicio de los miembros del Poder judicial se ventila en el seno del mismo Poder judicial, lo que hace que la sospecha de corporativismo se cierna siempre sobre este tipo de procesos.

El segundo factor que influye en la construcción de la responsabilidad de jueces y magistrados es el desprestigio en que se ve inmersa la carrera judicial como consecuencia de lo que, comúnmente, se denomina “politización de la justicia”¹⁸⁷.

Todas estas reflexiones acerca del sistema vigente y la crítica al mismo conducen a una actitud escéptica respecto del valor, principio o imperativo de la independencia y en particular en cuanto a su contenido real en el funcionamiento del Poder judicial como institución. Partiendo de estas reservas, cabe a continuación pasar a estudiar la interacción entre independencia e imparcialidad.

2.2.3.5. La imparcialidad

La importancia de la imparcialidad, como clave de bóveda del sistema judicial, ya era puesta de manifiesto, con bellas palabras, por DON AGUSTÍN ARGÜELLES, en su Discurso Preliminar a la Constitución de 1812. Decía “De todas las instituciones humanas, ninguna es más sublime ni más digna de admiración que la que limita en los hombres la libertad natural, sujetándola al suave yugo de la ley. A su vista todos aparecen iguales, y la imparcialidad con que se observen las reglas que prescribe será siempre el verdadero criterio para conocer si hay o no libertad civil en un estado. Por lo mismo, uno de los principios objeto de la Constitución es fijar las bases de la potestad judicial, para que la administración de justicia sea en todos los casos efectiva, pronta e imparcial. (...) Como la integridad de los jueces es el requisito, más esencial para el buen desempeño de su cargo, es preciso asegurar en ellos esta virtud por cuantos medios sean imaginables. Su ánimo debe estar a cubierto de las impresiones que pueda producir hasta el remoto recelo de una separación violenta. Y ni el desagrado del monarca ni el resentimiento de un ministro han de poder alterar en lo más mínimo la inexorable rectitud del juez o magistrado,

Estado de Derecho, precisamente del sometimiento al imperio de la ley de todas las personas y comportamientos. RUIZ MIGUEL, A., “Vigilantes y vigilados: prevaricación judicial y normas sin sanción (a propósito de un caso)”, en *Revista información y debate* nº 81, noviembre/2014, Jueces para la democracia, pág. 99.

¹⁸⁷ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA *op. cit.* pág. 792 y 793; RODRIGUEZ BLANCO V., *La politización de la justicia. Claves de una realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; GRANDA ALONSO J.L., “El control Constitucional de la justicia española” en *Revista Derecho UNED*, nº 16, 2015, pág. 400 y ss. MANZANO MORENO E. C., “La Justicia, bajo el dominio de un poder político desmedido y sordo”, *Diario La Ley*, nº 7795, 2012.

para ello nada es más a propósito que el que duración de su cargo dependa absolutamente de su conducta, calificada, en su caso, por la publicidad de un juicio”¹⁸⁸.

Resalta JIMÉNEZ ASENSIO que la imparcialidad es no sólo un principio vertebral del funcionamiento del Poder Judicial¹⁸⁹ sino, sobre todo, una regla existencial de la propia función jurisdiccional, pues donde no hay Juez imparcial no puede haber justicia ni juicio justo¹⁹⁰. De ahí que, como destaca MENDIZÁBAL ALLENDE, “la imparcialidad del Juez trasciende el límite meramente subjetivo de las partes para erigirse en una auténtica garantía previa del proceso y, por ello, puede poner en juego nada menos que la *auctoritas* o prestigio de los Tribunales que, en un sociedad democrática, descansa sobre la confianza que la sociedad deposita en la imparcialidad de su Administración de Justicia”¹⁹¹.

De estas consideraciones se extrae que la imparcialidad podría definirse como la independencia del juez respecto de las partes y el objeto del proceso. Pareciera, pues, que, como aprecia AGUILÓ¹⁹², la independencia trata de controlar los móviles del juez frente a las influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social y la imparcialidad frente a las provenientes del proceso. Fácil es advertir, añade, que ligadas a la imparcialidad se encuentran dos instituciones procesales, la abstención y la recusación. La propiedad que unifica todas sus causas, a su juicio, es “que a todas ellas se les reconoce una extraordinaria fuerza motivacional de la conducta”.

Ya hemos visto cómo la imparcialidad, pese a identificarse como elemento esencial de la jurisdicción al más alto nivel normativo, carece de reconocimiento expreso en la Constitución. Ello ha provocado ciertas distorsiones interpretativas a la hora de configurar su régimen de protección. Es decir, se genera la duda de qué concreto derecho del justiciable se lesiona cuando se ve comprometida o negada la imparcialidad del juzgador partiendo de que, evidentemente, una afectación al funcionamiento de la institución de la justicia en sí, desde la perspectiva de articular procesalmente una respuesta útil e inmediata para las partes en el proceso puede resultar insuficiente.

Ello condujo, describe gráficamente JIMÉNEZ ASENSIO, a un cierto peregrinaje del propio TC a la búsqueda del artículo donde “colgar” tal derecho. La inicial decantación fue el artículo

¹⁸⁸ DE ARGÜELLES A., *Discurso preliminar de la Constitución de 1812*, Introducción de SÁNCHEZ AGESTA, L., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989, pág. 95, 100 y 101.

¹⁸⁹ Hasta el punto, recuerda GÓMEZ MARTÍNEZ, que la frase de LORD HEWART en su sentencia de 1924 “*Rex v. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*”, “*Justice must not only be done; it must also be seen to be done*” ha adquirido hoy la categoría de aforismo jurídico; GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “La abstención y recusación como garantías de la imparcialidad del juez”, *Estudios de Derecho Judicial*, 2008, CGPJ, pág. 3 y 4.

¹⁹⁰ JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Imparcialidad judicial...” *cit.* pág.4.

¹⁹¹ DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R., “La imparcialidad judicial, una lección sin aprender”. *La Ley*, 19804/2009, pág. 1.

¹⁹² AGUILÓ REGLA, J., “Independencia e imparcialidad...” *cit.*, pág. 75 y 76.

24 CE. En los primeros años, hasta 1987, ubicó al derecho al Juez Imparcial dentro del “derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley”, lo que no dejaba de generar una cierta confusión. A partir de 1987 el TC comenzó a situar el derecho al Juez Imparcial como una “garantía del proceso”, dentro del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías¹⁹³. Aun así, hubo diferentes sentencias del TC que siguieron ubicando el derecho dentro del “Derecho al Juez legal”. Finalmente y para superar estas divergencias acabó incorporando al derecho al Juez Imparcial dentro del genérico derecho a la tutela judicial efectiva.

Explica GÓMEZ MARTÍNEZ que existen dos grandes sistemas para la separación del juez que guarda conexiones con los sujetos o con el objeto del proceso que aparecen como comprometedoras de su imparcialidad: el sistema recusatorio y el de inhabilidad del juez. En el sistema del “*iudex inhabilis*”, que es el propio del sistema alemán, cuando el juez se halla incurso en causa legal de exclusión no puede realizar válidamente actos en el proceso de que se trate y, por tanto, la nulidad de tales actos puede hacerse valer mediante los recursos ordinarios. En nuestro sistema, rige la primera figura, mas también el mecanismo de la abstención, que es un deber para el juez (art. 217 LOPJ). Cuando la recusación se desestima como medio para apartar al juez del conocimiento del caso, su parcialidad puede ser invocada como motivo de nulidad (artículo 228 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y, en tal caso, sí cabe la posibilidad de que se declare la nulidad de todas las actuaciones por él realizadas¹⁹⁴.

Sin embargo, la discusión más relevante en relación con los mecanismos para preservar la imparcialidad estimo que ha de centrarse en la determinación de las causas de apartamiento. Es decir, cuándo se puede afirmar que se ve comprometida la imparcialidad. El criterio legislativo consiste en enumerar una serie de causas de abstención y recusación¹⁹⁵. Sin embargo, expresa

¹⁹³ Así, la STC 32/1994 recuerda que este Tribunal ha incluido en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución, el derecho a un Juez imparcial (por todas, SSTC 145/1988 y 164/1988).

¹⁹⁴ GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “La abstención y recusación...” *cit.* pág. 13 y 14.

¹⁹⁵ Pone relieve GÓMEZ MARTÍNEZ que “En el lenguaje del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se utiliza la expresión “imparcialidad objetiva”, lo que podría conducir a entender que al hablar de causas objetivas nos estamos refiriendo a aquellas que ponen en cuestión dicho tipo de imparcialidad. En realidad, cuando dicho órgano jurisdiccional internacional utiliza la expresión “imparcialidad objetiva” se está refiriendo a la “apariencia de imparcialidad”, a lo que podemos denominar imparcialidad “formal”, frente a la “material”. En el primer caso lo que está en entredicho es la imagen de imparcialidad del tribunal, en el segundo el fondo por producirse la contaminación efectiva de la decisión del juez por su conexión con el proceso. Esto nada tiene que ver con la clasificación tradicional de las causas de abstención y recusación en nuestro derecho. Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre causas subjetivas, que son las que se refieren a los vínculos entre el juez y las partes, y causas objetivas concernientes a la conexión del juez respecto del objeto del proceso”. Se refleja esta disparidad en, al margen de la ya clásica del caso *Piersack*, por ejemplo en la STEDH de 15 de octubre de 2009, caso *Micallef contra Malta* cuando se señala que “la existencia de imparcialidad en lo que se refiere al artículo 6.1 debe ser determinada de acuerdo a una valoración subjetiva donde se deben tener en cuenta la convicción personal y el comportamiento de un juez en particular, esto es, si el juez tiene algún prejuicio personal o favoritismo en algún caso dado; y también de acuerdo con una valoración objetiva, es decir asegurando si el tribunal en sí mismo y, entre

de modo muy elocuente TARUFFO, “a pesar de la fantasía y análisis con los que los legisladores procesales han intentado identificar los factores que pueden incidir negativamente en la imparcialidad del juez (generalmente, el “interés””, el elenco de causas legalmente enumeradas no agota o no tiene por qué agotar los supuestos en que el juez podría dejar de ser imparcial¹⁹⁶. Sin embargo, la dificultad de individualizar esos supuestos y diferenciarlos de los meros factores subjetivos inherentes a toda actividad humana, hace que lo imperioso sea, en todo caso, encontrar la línea divisoria entre la discrecionalidad imposible de eliminar del juez, en la que tienen lugar la referencia a valores culturales, políticos, sociales y religiosos, y lo que podría llamarse “abuso de discrecionalidad”, que se da cuando el juez se deja condicionar por sus idiosincrasias personales y sus prejuicios”. Lo indudable es que si el juez abusa de sus poderes discrecionales para dejar que sean sus prejuicios personales los que le dicten la resolución, entonces no se puede negar que ha violado la regla fundamental de la imparcialidad¹⁹⁷.

2.2.3.6. Independencia e imparcialidad, ¿garantía o deber?

Hemos estudiado hasta ahora, en un intento de perfilar la trascendencia de la independencia y la imparcialidad, que ambos son elementos configuradores del ejercicio de la jurisdicción. Y se ha destacado la faceta institucional u orgánica que presenta la independencia frente a la procesal y más circunscrita a la persona del juez o magistrado que parece ofrecer la imparcialidad.

Situados en esta órbita, hablando de condiciones para un adecuado desenvolvimiento de la función jurisdiccional habría que distinguir, por tanto, de un lado, las que se articulan como garantía para cada uno de los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, como

otros aspectos, su composición, ofrece suficientes garantías para excluir cualquier duda legítima con respecto a su imparcialidad”. Frente a ella, pueden observarse la matización que efectúa el TC español: “la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir procesalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra”. Desde la perspectiva de la imparcialidad objetiva se señala que “no está vinculada tanto con una relación nominal de actuaciones o decisiones previas que queden vedadas al juzgador cuanto, especialmente, con la comprobación, en cada supuesto en particular, de si la intervención previa en la que el interesado hace residenciar sus dudas ha sido realizada por el órgano judicial teniendo que adoptar una decisión valorando cuestiones sustancialmente idénticas o muy cercanas a aquellas que deben ser objeto de pronunciamiento o resolución en el enjuiciamiento sobre el fondo” (SSTC 26/2007, de 12 de febrero, SSTC 60/2008, de 26 de mayo y 133/14 de 22 de julio).

¹⁹⁶ Sostiene que la imparcialidad puede verse amenazada por prejuicios que el juez pueda tener con relación a las partes o al objeto de la causa. Y también situaciones en las que las relaciones de afiliación política o de pertenencia a asociaciones de distinto tipo podrían inducir al juez a posturas no imparciales. Todo ello se agravaría en las sociedades modernas, fragmentadas, multiétnicas, multiculturales y globalizadas. TARUFFO. *op. cit.* pág. 7 y 8.

¹⁹⁷ TARUFFO. *op. cit.* pág. 8 a 10.

son, principalmente, la independencia¹⁹⁸, la inamovilidad y el sometimiento, exclusivamente, al imperio a la ley. Esta última, entendida en el sentido de no estar sujetos a instrucciones u órdenes de otros órganos, que sería la vertiente, por así decirlo, positiva, pues salvaguarda su independencia. Se tratarían todas ellas, en principio, de deberes de terceros para con los integrantes del Poder Judicial. Sin embargo, el adecuado desempeño de la jurisdicción y el cumplimiento de tal función no puede depender, exclusivamente, de, por así decirlo, la cobertura jurídico-institucional que le procura el ordenamiento, sino, efectivamente, del cumplimiento de ciertos deberes.

Es evidente que a la hora de tratar de la responsabilidad penal de jueces y magistrados habrá de tener esencial relevancia todo aquello que ponga al juez en conexión con sus deberes, pues ninguna responsabilidad podría ser objeto de exacción en cuanto que estuviera fundada en el comportamiento de terceros, salvo que este comportamiento determinara, a su vez, la infracción de deberes del juez. En este sentido, es muy elocuente la expresión utilizada por AGUILÓ REGLA para referirse a tales deberes: “bienes internos a la práctica de la jurisdicción”¹⁹⁹. Estos “bienes” giran en torno al aislamiento de tres deberes: el deber de aplicar el Derecho, el deber de independencia y el deber de imparcialidad. El deber de aplicar el Derecho coincide con lo que suele llamarse “la garantía objetiva de la jurisdicción” (legalidad de la decisión) y los deberes de independencia e imparcialidad con “las garantías subjetivas de la jurisdicción”.

Llama la atención, en primer lugar, que conciba la independencia como un deber, en cuanto parte integrante de las garantías subjetivas de la jurisdicción. Que la imparcialidad se contemple como deber es usual. Mas en el estudio de la independencia, puede que por su connotación orgánica o institucional, suele desconocerse o cuanto menos, soslayarse dicha faceta, pues se centra su definición en el deber de terceros de respetarla.

Este acento en lo debido tiene su explicación. Expone AGUILÓ que los destinatarios últimos (beneficiarios) de los principios jurídicos de independencia y de imparcialidad de los jueces no son los jueces mismos, sino los ciudadanos y los justiciables. En consecuencia, la independencia y la imparcialidad²⁰⁰ se configuran principalmente como deberes de los jueces.

¹⁹⁸ Identificada por MERINO MERCHÁN, J. F. en *Instituciones de Derecho Constitucional español.*, Beramar D. L., Madrid, 1994, pág. 568 y ss. con tres facetas: pudiendo distinguirse una *dimensión personal*, que garantiza que el Juez en cuanto persona no se encuentre vinculado por decisiones, opiniones o actos propios o de terceros en su función jurisdiccional; una *dimensión funcional*, con la que se pretende asegurar y poner a salvo el ejercicio jurisdiccional de toda influencia o injerencia de otros órganos, cualquiera que sea su orden o naturaleza; una *dimensión orgánica*, en la que el Juez queda liberado de toda subordinación jerárquica en relación con los propios órganos del Poder Judicial, e incluso un *aspecto económico*, mediante la garantía de un sistema retributivo autónomo y suficiente para los Jueces y Magistrados.

¹⁹⁹ AGUILÓ REGLA, J., “Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”, *Revista NEJ - Electrónica*, Vol. 17 – nº 2, mayo-agosto 2012, p. 161-172.

²⁰⁰ La independencia como criterio de legitimación se construye esencialmente en oposición a otros dos criterios de legitimación que corresponden a otros destinatarios dentro del orden jurídico. Se refiere a la sujeción

Y ello frente a la que entiende el autor “acusada tendencia a eliminar el aspecto crítico de estos principios y a reducir sus exigencias normativas a los mecanismos destinados a hacer posible y/o facilitar el cumplimiento de esos deberes”. Así, ejemplifica que el principio de independencia no es reductible a las prohibiciones de asociación, a la inamovilidad, a la remuneración suficiente, al autogobierno de los jueces, al respeto por parte de otros poderes o agentes sociales, etc.; ni el principio de imparcialidad es reducible a la ausencia de parentesco, de enemistad o de interés en el objeto de litigio. Concluye AGUILÓ que “estas reducciones acaban transformando los deberes de independencia y de imparcialidad en una suerte de estatus o privilegio del juez”.

De todo lo expuesto concluye AGUILÓ que la independencia (el deber de independencia) y la imparcialidad (el deber de imparcialidad) responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión) y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y las razones jurídicas. En suma, en el marco del Estado de Derecho, estos tres deberes son “necesarios”, definitorios del rol de juez. Quien ejerce la jurisdicción eludiendo el Derecho (esto es, no aplicándolo) o sometiéndose a personas, o cumpliendo funciones de representación de grupos (es decir, no siendo independiente), o teniendo interés en favorecer a alguna de las partes del proceso o en el propio objeto de litigio (o sea, no siendo imparcial) bien puede decirse que “no es juez” o que “no ejerce de juez”²⁰¹.

Vemos, por tanto, la utilidad de esta construcción para sistematizar los deberes de los jueces en el ejercicio de su función. Pero, retomando la idea inicial del capítulo, andábamos buscando “lo radical”, la esencia de la función judicial desde la perspectiva de los deberes del juez en el seno de la institución (positiva) que es la Justicia. Y parece, por lo expuesto, una trilogía de deberes que devienen “radicales”: deber de aplicar el derecho, deber de ser independiente y deber de ser imparcial. Nada nuevo, pues parecería aportar este esfuerzo sistematizador a las teorías que sobre la injusticia de la resolución se han expuesto y cuestionado. A lo sumo, añadir al genérico deber de sujeción al derecho el de respetar la independencia y la imparcialidad que, a la postre, no son más que una parcela de esa sujeción, en cuanto no dejan de ser deberes jurídicos impuestos por las normas. No puede ser ésta, sin embargo, la conclusión.

Hemos de situarnos en la distinción inicial de la que se partía: garantía objetiva de la jurisdicción y garantía subjetiva de la jurisdicción. La primera se identificaría con el deber de

(la obediencia debida a los superiores) y a la representación (actuar en nombre y en favor de representados). El deber de independencia prohíbe, por un lado, someterse a personas (solo se está sometido a normas) y, por otro, cumplir funciones de representación de grupos y/o intereses sociales; “Aplicación del derecho...” *cit.* pág. 163. Sobre la independencia e imparcialidad, del mismo autor, AGUILÓ REGLA, J., “Imparcialidad y aplicación de la ley”, en *La imparcialidad judicial*, Estudios de Derecho judicial, CGPJ, 2008; AGUILÓ REGLA, J., “De nuevo sobre ‘Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica’”, en *Revista Jueces para la democracia*, nº 46, marzo 2003, pág. 43 y ss.; AGUILÓ REGLA, J., “Independencia e imparcialidad...” *cit.*, pág. 71 y ss.

²⁰¹ AGUILÓ REGLA, J., “Aplicación del derecho...” *cit.* pág. 163 y 164.

aplicar el derecho y la segunda con los deberes de independencia e imparcialidad. Advierte AGUILÓ, al hablar de ambas, que “hay una cierta prioridad conceptual de la garantía objetiva de la jurisdicción frente a las garantías subjetivas. O dicho de otro modo, la concepción de qué es una correcta aplicación del Derecho (la concepción del Derecho) acaba resultando determinante respecto de la concepción de la independencia y de la imparcialidad de los jueces. Si independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra, entonces las nociones de independencia e imparcialidad son conceptualmente dependientes de la concepción del Derecho (y de su aplicación)”²⁰².

Que ello es así se ha visto sobradamente al exponer las distintas teorías sobre la injusticia de la resolución en el delito de prevaricación judicial, sobre todo al exponer las teorías objetiva e intermedia o de los deberes. La primera porque da preeminencia absoluta a la infracción del ordenamiento jurídico, mas entendida como de las normas concretamente aplicables al caso y la segunda porque para los casos que he denominado dudosos opta por atender al seguimiento del “método”, que, a criterio de sus defensores, conduce inexorablemente a la decisión correcta.

Conviene aclarar que la teoría objetiva, al hablar de la infracción de las normas jurídicas aplicables al caso como fundamento de la injusticia de la resolución prevaricadora, se quiere referir al derecho objetivo, sustantivo o procesal aplicable al caso, mas sin cuestionarse si se están quebrantando los deberes de independencia e imparcialidad del juez. Atiende exclusivamente a la resolución del caso, a la solución que conforme al derecho habría de dársele sin ocuparse del proceso que lleva a su dictado. De ahí que no quepa argumentar que el quebrantamiento de los deberes de independencia e imparcialidad, en cuanto auténticos deberes jurídicos impuestos por normas, estarían incluidos en la contravención del derecho objetivo que es la esencia de la teoría objetiva.

Por su parte, la teoría intermedia tampoco se ocupa de definir los deberes del juez que se infringen al dictar la resolución injusta, más allá del genérico de decidir conforme a las razones que el derecho le suministra, las cuales se han de aprehender mediante el adecuado uso del “método”. Y cuando se refiere a las “consideraciones extrañas al asunto” lo hace en sentido residual. Esto es, como expresión aglutinadora de todo lo que no se considera conforme al método.

En ambos casos, por tanto, tiene preeminencia absoluta la “garantía objetiva de la jurisdicción”. Esta preeminencia, aun cuando se tengan en cuenta los deberes del juez, como sucede con la teoría intermedia, no deja de llevar a una especie de tautología. Ésta consiste en que la teoría intermedia no deja de plantearse cuál es la solución correcta al asunto de que se trate, mas centrándose, para los casos de decisiones “multívocas”, en el supuesto cumplimiento de los deberes del juez, identificados con resolver conforme al método jurídico, el cual ha de conducir, inexorablemente a dicha decisión correcta. Cuando una decisión se considera correcta se justi-

²⁰² AGUILÓ REGLA, J., “Aplicación del derecho...” *cit.* pág.164.

fica, más allá de su plausibilidad, en que se adoptó conforme al método o, dicho en otras palabras, en que era razonable. De lo que es fácil colegir que el juez en ese caso no resolvió “por consideraciones extrañas al asunto”. O dicho de modo inverso, hubo de seguir el método porque adoptó la decisión correcta. Y por tanto, no existió infracción de los deberes. Puede verse que ante estas premisas la respuesta negativa es lógicamente imposible. Si el cumplimiento de los deberes lleva a la decisión correcta y es correcta la decisión que se dicta cumpliendo los deberes inherentes a la función judicial, toda decisión correcta presupone, indefectiblemente el cumplimiento de tales deberes. Empero, ello no tiene por qué ser así.

Acudiendo de nuevo a AGUILÓ, cuyas consideraciones resultan, como se ve, de enorme utilidad, explica lo que rodea el dictado de una resolución judicial desde la perspectiva de la argumentación jurídica. Propone a tal efecto dos distinciones: contexto de descubrimiento y contexto de justificación de un lado y razones explicativas frente a razones justificativas de otro.

En relación con la primera distinción, el contexto de descubrimiento se referiría al proceso en que se descubre o formula una teoría (vgr., peripecia de los investigadores, decisiones políticas que influyen en el descubrimiento) y el contexto de justificación a la validación o justificación misma de la teoría. Una diferencia esencial entre ellas es que no existiría una lógica del descubrimiento pero sí una lógica de la justificación, constituida esta última por el método científico. Transponiendo la distinción al ámbito de la argumentación jurídica, una cosa sería los móviles psicológicos, el contexto social o las circunstancias ideológicas que pudieran haber llevado al juez a haber adoptado una determinada decisión, y otra las razones que el juez alega para mostrar que su decisión es correcta o válida. Es esto último lo que determinaría la validez de una decisión judicial, lo que sería lógicamente independiente del “contexto de descubrimiento en que se ha producido”²⁰³.

La segunda distinción a que alude AGUILÓ es entre “razones explicativas” y “razones justificativas”. Con la primera expresión se aludiría a los móviles, a los motivos y con la segunda a la valoración de la acción. En este contexto, con la teoría de la argumentación jurídica se defendería que los jueces tienen el deber de justificar sus decisiones, pero no de explicarlas.

Esta doble dicotomía que se ha expuesto evidencia que cuando se da preeminencia a la “garantía objetiva de la jurisdicción” se atiende exclusivamente al contexto de justificación y a las razones justificativas, siendo irrelevante el denominado contexto de descubrimiento y las razones explicativas.

Ha de atenderse, sin embargo, concluye AGUILÓ, a que mientras que para las autoridades políticas el Derecho opera como límite del ejercicio de sus potestades, siendo lícito la persecu-

²⁰³ AGUILÓ REGLA, J., “Independencia e imparcialidad...” *cit.* pág. 72 y 73. Señala el autor como ejemplo que la forma en que NEWTON se percató de la existencia de gravedad no quitaría ni pondría nada a la validez de la teoría de la gravitación universal.

ción con las decisiones de intereses de grupos sociales, o de valores no incorporados al ordenamiento jurídico, para el juez el derecho opera como determinación positiva de su conducta. Ello supone que el principio de independencia no sólo protege la aplicación del derecho (el fallo y las razones que se aducen en favor del fallo) sino que el juez falle por las razones que el derecho le suministra y que el fallo no sea mera racionalización de móviles extraños al Derecho, de ahí que el principio de independencia justifique limitaciones de asociación y un estricto régimen de incompatibilidades. La imparcialidad, por su parte, podría definirse como la independencia del juez respecto de las partes y el objeto del proceso. Esto es, la independencia trata de controlar los móviles del juez frente a las influencias extrañas al Derecho provenientes del sistema social y la imparcialidad frente a las provenientes del proceso. En ambos casos se tratará de “un juez obediente al Derecho”²⁰⁴. Por tanto, “no hay nada más distorsionador para el funcionamiento del Estado de Derecho que el hecho de que las decisiones judiciales se interpreten como motivadas por razones extrañas al Derecho y las argumentaciones que tratan de justificarlas como puras racionalizaciones”²⁰⁵. Si ello fuera cierto, la afirmación de que al Derecho sólo le interesan el contexto de justificación y las razones justificativas es falsa, siendo cierto, por el contrario, que el Derecho trata de controlar los motivos por los que los jueces actúan. La explicación y la justificación de la conducta, pues, habrían de coincidir²⁰⁶.

Llegados a este punto, afirma AGUILÓ²⁰⁷ que, en contra de lo que es opinión extendida (como hemos visto, también en el ámbito del estudio del delito de prevaricación judicial), la infracción de los deberes inherentes a la garantía subjetiva de la jurisdicción tiene un potencial deslegitimador de la decisión judicial (y por supuesto, a mi criterio, de quien la dicta) superior a la infracción de los deberes inherentes a la garantía objetiva (correcta aplicación del derecho y si se quiere, del método jurídico).

De ello derivaría, según el autor que tratamos, que una decisión judicial de contenido correcto (aplicación correcta del Derecho preexistente) pero tomada por motivos incorrectos resulta en términos jurídico-normativos totalmente inaceptable. Por el contrario, en términos normativos, el error en la aplicación del Derecho no contamina la corrección de los motivos por los cuales el juez decidió.

Esta distinción entre garantía objetiva de la jurisdicción (aplicación correcta del Derecho preexistente, o legalidad de la decisión) y garantía subjetiva de la jurisdicción (independencia e imparcialidad) y las consecuencias de la infracción de una y otra evidencia la necesidad y la notoria

²⁰⁴ *Ibidem*, pág. 76 a 78.

²⁰⁵ AGUILÓ REGLA, J., “Independencia e imparcialidad...” *cit.* pág. 78.

²⁰⁶ *Ibidem*, pág. 79.

²⁰⁷ AGUILÓ REGLA, J., “Aplicación del Derecho...” *cit.*, pág. 165 a 167.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

relevancia de distinguir entre “el contenido de la decisión” y “los motivos de la decisión”²⁰⁸.

Ambos elementos son esenciales a la hora de configurar los deberes judiciales para con la institución (positiva) justicia. Esto es, el juez ha de respetar tanto la garantía objetiva de la jurisdicción como la garantía subjetiva. Entroncando estas conclusiones con el inicio de este epígrafe, podemos ya, fácilmente identificar que, puestos en relación estos conceptos con el art. 117 CE, la garantía objetiva vendría identificada con el sometimiento al “imperio de la ley” y la garantía subjetiva, como ya hemos señalado, por el cumplimiento del deber de independencia. A lo que se añade, por la vía normativa, ya expuesta, el respeto del deber de imparcialidad. Y la materialización o realización de estas garantías exigen atender, con igual atención, tanto al contenido de la resolución, que sería la plasmación del respeto a la garantía objetiva, como los motivos de la misma. En concreto, si estos motivos son acordes o no con las exigencias de independencia e imparcialidad, que constituye la garantía subjetiva.

Recapitulando lo expuesto a fin de ubicarnos en la línea argumental que seguía, se puede sintetizar en que el objeto de protección de delito de prevaricación judicial es la institución positiva justicia. Y los deberes que en su seno ha de respetar, radical e insoslayablemente los jueces y magistrados, son las dos garantías de la jurisdicción, objetiva y subjetiva. Estamos, pues, en disposición, de atribuir al elemento típico “injusticia de la resolución” el contenido cuya búsqueda nos ocupaba.

La primera determinación a tal efecto es de carácter formal y consiste en determinar su naturaleza jurídica.

No puede sino partirse de la consideración de que el término injusticia, cuanto menos, es

²⁰⁸ Admite AGUILÓ que “puede ser controvertido tanto de la determinación de la corrección de los motivos por los cuales un juez decide (se trata de una cuestión de prueba de intenciones y de interpretación de conductas) como de la determinación de la corrección de la aplicación del Derecho (la persistencia de las controversias normativas es una de las razones que normalmente se usan para justificar la imposición de una decisión de auto-ridad).” Propone afrontar la solución desde la perspectiva del post-positivismo principialista, que sostiene que en el Derecho no solo hay reglas –normas jurídicas que excluyen la deliberación práctica- sino que también hay principios. Los principios son o constituyen un tipo de normas que dotan de un sentido protector y/o promocional de ciertos bienes a las reglas y cuya aplicación, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, exige siempre deliberación práctica. Para el post-positivismo, la distinción relevante ya no es la que opone caso regulado (resuelto por las reglas) a caso no regulado (no resuelto por las reglas), sino la que opone caso fácil a caso difícil. Un caso es fácil cuando la solución es el resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que encontrarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (*jurisprudencia*, ponderar el Derecho para el caso). Desde esta concepción, la discrecionalidad del juez, o del aplicador en general, no se concibe ya como libertad en el sentido de permitido elegir entre las opciones posibles, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades: AGUILÓ REGLA, J., “Aplicación del derecho...”. *cit.* pág. 167 a 171.

un elemento normativo, pues exige una valoración jurídica para determinar su concurrencia, no siendo un hecho naturalísticamente aprehensible. Estimo preciso, por ello, contextualizar este elemento en el seno del tipo y más en general, del delito en cuya descripción se inserta. Se hace necesaria por ello una referencia a la evolución de la teoría del tipo.

2.3. Naturaleza jurídica del elemento típico injustica

2.3.1 Evolución de la teoría del tipo y los elementos del deber jurídico

Como describe ROXIN²⁰⁹, el fundador de la moderna teoría del tipo es BELING²¹⁰. Según su concepción, el tipo consiste en la descripción exterior de los elementos del tipo de delito, que es objetivo y valorativamente neutral. Objetivo porque no se requiere la consideración de los aspectos anímicos del autor. Descriptivo porque no se da juicio de valor alguno, pues la inclusión de la acción en la ley no expresa una valoración jurídica de ella: la investigación del tipo penal se mantiene en un terreno estrictamente neutral y no contiene un juicio sobre el carácter antijurídico de la acción. Que sea descriptivo se refiere también a que los elementos en él incluidos provienen de las ciencias naturales y el juez sólo debe comprobarlos, sin necesidad de valorar (los elementos que requieren una valoración judicial para su determinación se denominan normativos). Pero no excluye los elementos normativos del tipo penal, pues con “descriptivo” quiere referirse a que un comportamiento humano no resulta normado como antijurídico por el tipo penal.

MAX ERNST MAYER²¹¹ descubrió los elementos normativos del tipo. Para él, el tipo es, por lo general, valorativamente neutro, desde la valoración del legislador, sin perjuicio de que tenga un carácter indiciario de la antijuridicidad, como el humo respecto del fuego. Igualmente, el tipo es básicamente descriptivo, pues contiene solamente elementos cuya realización ocurre en el mundo exterior y pueden ser comprobados por un juicio cognitivo. Sin embargo, hay elementos, los llamados normativos, (ajenidad de la cosa, honestidad de la joven) que no se las puede captar por medio de la percepción sensorial y su determinación requiere una valoración. En cuanto que las valoraciones no pertenecen al tipo sino a la antijuridicidad, los elementos normativos son auténticos elementos de la antijuridicidad. Por tanto, no denotan la antijuridicidad, sino que la fundamentan (*ratio essendi*). Pero no sólo entran exclusivamente en el campo de la antijuridicidad, pues la ley los contempla entre las circunstancias de hecho del 59 StGB.

²⁰⁹ ROXIN, C., *Teoría del tipo penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. BACIGALUPO, E. Ed. B de F., 2ª ed., Montevideo- Buenos Aires, 2014, pág.. 245 y ss.

²¹⁰ En la obra “*Die Lehre vom Tatbestand*”.

²¹¹ En ERNST MAYER, M., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts: Lehrbuch*, Carl Winter, Heidelberg 1923 pág. 182 a 185.

Resultan, en suma, cuerpos extraños dentro del tipo penal valorativamente neutro.

Este descubrimiento se impuso rápidamente. MEZGER²¹² los clasifica en tres grupos: jurídicos, culturales y subjetivos según que se trate de criterios de valoración tomados de las normas jurídicas, de la concepción cultural o del arbitrio judicial subjetivo.

Con base en este bagaje MEZGER²¹³ afirmará que el tipo penal es un juicio por el cual se establece que la acción subsumida en él constituye un injusto mientras no se demuestre lo contrario. La adecuación típica, por tanto, no es mera *ratio cognoscendi*, sino *ratio essendi* de la antijuridicidad. Por tanto, afirma ROXIN, el tipo deja de ser objeto de la valoración y pasa a contener, ya directamente, la valoración de todos los hechos que le son subsumibles. La diferencia entre tipo y antijuridicidad es que el juicio de aquel sobre ésta es provisorio. Con ello, se rompe definitivamente con la neutralidad valorativa del tipo.

Lo anterior conducirá, igualmente, a que se tambalee la teoría de BELING sobre la objetividad del tipo penal, habida cuenta que en muchos casos lo injusto del hecho depende de la dirección de la voluntad del autor sin que por ello se trate de elementos de la culpabilidad²¹⁴.

Más recientemente, LANG-HINRICHSSEN²¹⁵ defiende que si el tipo debe fundamentar lo injusto, es preciso que contenga la totalidad de los elementos determinantes de lo injusto y no solo un parte de ello. Amplía los tipos con elementos del tipo no escritos (complementarios del tipo penal), incluyéndolos en un tipo penal que abarca todos los momentos fundadores de la antijuridicidad, en el cual tienen cabida los que fundamentan el deber de evitar el resultado en los delitos impropios de omisión y los elementos que fundan la exclusión de la antijuridicidad.

La relación del tipo con la antijuridicidad será ampliamente estudiada por WELZEL. ROXIN hace una lectura crítica de su postura²¹⁶. Para WELZEL el tipo de injusto contiene todos los elementos objetivos y subjetivos indicadores de la antijuridicidad. Sin embargo, señala ROXIN²¹⁷, un tipo neutral en lo valorativo con relación a la antijuridicidad se concibe al mismo tiempo como obviamente descriptivo (MAYER) y un tipo normativo significaría, sin más, tipificación de lo injusto. Conforme a ello, WELZEL debería tender en lo referente a la antijuridicidad, a un concepto de tipo valorativamente neutro, es decir, descriptivo en el sentido de MAYER. Sin embargo WELZEL va aún más lejos que la teoría actual (juicio provisorio) rechazando la concepción de que el tipo penal sólo contiene sucesos sensorialmente perceptibles del

²¹² MEZGER, E., Von Sinn der Strafrechtlichen Tatbestände. Sonderabdruck aus der Festschrift für Traeger, 1926, pág. 141 a 146.

²¹³ MEZGER, E., *op. cit.* pág. 11.

²¹⁴ MEZGER, E., *op. cit.*, pág. 170.

²¹⁵ LANG-HINRICHSSEN, *Die irrtümliche Annahme eines Rechtfertigungsgundes in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, JZ, 1953, pág. 362 a 367.

²¹⁶ ROXIN, C., *op. cit.* pág. 76 a 79.

²¹⁷ ROXIN, C., *op. cit.* pág. 80 a 82.

mundo exterior. WELZEL computa las circunstancias normativas sin limitación alguna en el tipo penal, en el sentido de la tradicional distinción entre descriptivo (sensorialmente perceptible) y normativo (sólo espiritualmente comprensible): “los conceptos jurídicos no constituyen la transformación metodológica de un material amorfo, sino descripciones de un ser óptico configurado”. Sin embargo, señala ROXIN, la introducción de los tipos abiertos y de los elementos del deber jurídico constituyen un paso hacia un tipo penal descriptivo frente al punto de partida fundamental de WELZEL.

El concepto de tipos abiertos y de elementos del deber jurídico ha sido acuñado por WELZEL. Por ello sólo resulta comprensible a la luz de su teoría de tipo y la antijuridicidad. Tipo penal, para WELZEL, es la descripción de una conducta prohibida. Mientras la adecuación típica (contrariedad a la norma) denuncia contradicción de una conducta con una norma particular, la antijuridicidad significa la “oposición de la realización del tipo de una norma prohibitiva con respecto al ordenamiento jurídico como un todo”²¹⁸. Por tanto, una conducta típicamente adecuada estará en contradicción con el orden jurídico en su totalidad si en el caso concreto no concurre una proposición permisiva. La adecuación típica es indiciaria de la antijuridicidad. En tales supuestos habla WELZEL de tipos cerrados²¹⁹.

Según ROXIN, la concepción dominante hasta ahora ha considerado que todos los tipos de comisión del CP son de esta especie. En oposición a ello, señala WELZEL que en los delitos de comisión dolosos no todos los tipos son cerrados: en muchos casos la materia de prohibición no está descrita de forma total y exhaustiva por medio de elementos objetivos²²⁰, con lo que la realización del tipo no podría indicar la antijuridicidad. De ahí que el juez, en lugar del proceso negativo habitual propio de los tipos cerrados tendría que comprobar la antijuridicidad en forma positiva, mediante la comprobación de los que denomina “elementos del deber jurídico”²²¹. WELZEL enumera una serie de tipos que considera abiertos y que contienen elementos del deber jurídico²²².

²¹⁸ Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung, 9ª ed., 1957, pág. 45 a 47.

²¹⁹ ROXIN, C., *op. cit.* pág. 72.

²²⁰ *Ibidem* pág. 72.

²²¹ *Ibidem* pág. 72 y 73.

²²² Son el término “coaccionar” en el delito de coacciones (§240 StGB); ejercicio de la autoridad adecuado a Derecho (113 StGB); validez jurídica de una ley o un reglamento (§110 StGB); la competencia §§110, 116, 137, 153, 164, 360 y 361 StGB); los elementos de la autoría en los delitos especiales (funcionario, testigo, abogado); la falta de autorización (§§99, 132, 136, 168, 290, 299, 300, 353, 368, 370 StGB); la falta de autorización de la autoridad, o policial o de permiso(284, 286, 330, 360, 367, 368, 369 StGB); el hecho previo en el encubrimiento (§257 StGB); la obligatoriedad y la falta de autorización en el Derecho penal militar; la falta de adecuación social-la acción se desarrolla completamente dentro de los límites del orden histórico ético social de la vida en comunidad y es permitida por este orden, *op. cit.* pág. 74(si bien WELZEL no la denomina elemento del deber jurídico sino causa de justificación). Igualmente podrían considerarse tipos abiertos los delitos impropios de omisión, los delitos propios de omisión y el deber de cuidado objetivo en los delitos culposos.

La realización de estos tipos penales, liberados de los elementos del deber jurídico, no constituye ni un injusto ni tampoco comporta un juicio provisional de desvalor o un indicio de la antijuridicidad del comportamiento. Pero WELZEL rechaza que todo comportamiento típico sea antijurídico incluso para los tipos cerrados (los que describen íntegramente la materia de prohibición), aunque admite que la realización de un tipo determina la antijuridicidad si no se da un fundamento especial de justificación, con lo que niega de que subyace al tipo un juicio provisorio de desvalor. Sin embargo, evitará todas las expresiones que podrían señalar una función valorativa de la acción. Pero interpreta ROXIN que neutralidad valorativa para WELZEL significa indiferencia jurídica. El comportamiento típico será siempre antijurídico o justificado, pero en ningún caso jurídicamente irrelevante, por lo que nunca ha de ser valorativamente neutro. Pero, añade ROXIN, el tipo sigue siendo valorativamente neutro en el sentido habitual, en relación con la antijuridicidad. Para no romper la unidad sistemática, WELZEL traslada la neutralidad valorativa de los tipos abiertos a los tipos cerrados, lo que supone un regreso a BELING.

Partiendo de aquí, al hablar de la relación del tipo objetivo con los elementos normativos, WELZEL²²³ entiende, como ya se ha referenciado, que las circunstancias de hecho no pertenecen de manera alguna a la realidad carente de sentido de las ciencias naturales sino que son segmentos del mundo social pleno de significado. Esta concepción del tipo no deja de ser descriptiva, pues los elementos valorativos del tipo son para ella componentes del ser, descritos por el hombre en su significación social, pero no creados por quien hace la descripción. Sería una descripción totalmente diversa de la naturalística, siendo indiferente que la circunstancia de hecho sea sensorialmente perceptible o espiritualmente comprensible (pudiendo ser no esencial lo perceptible y esencial lo no perceptible).

Los elementos de la antijuridicidad comprenden no todos los elementos normativos del tipo y hacen los tipos en los que aparecen valorativamente neutrales. Por ello, la introducción de los tipos abiertos y los elementos del deber jurídico constituyen un paso hacia un tipo penal descriptivo frente al punto de partida fundamental de WELZEL²²⁴. Pero con el descubrimiento de los elementos del deber jurídico no sólo se aleja del tipo objetivo, sino que el tipo subjetivo se libera de la relación psíquica dirigida a estos elementos. Con ello, los elementos del deber jurídico constituyen un paso dirigido a un tipo penal más objetivamente concebido.

La crítica esencial de ROXIN a esta construcción de WELZEL es que la realización de un tipo abierto determina que la antijuridicidad sea investigada por medio de un juicio de valor judicial dirigido a la comprobación del momento de la antijuridicidad. Y los elementos de la antijuridicidad no tienen la tarea de describir el hecho, sino solamente fundamentar el deber

²²³ Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935, pág. 72 a 75.

²²⁴ ROXIN, C., *op cit.* pág. 82.

jurídico del autor, por ello, en la mayoría de los casos es posible dejarlos fuera de consideración.

De un lado, porque entonces el tipo carecería de función indiciaria de la antijuridicidad, pues la antijuridicidad no es todavía necesaria consecuencia de la realización del tipo, esto es, que tal realización será antijurídica con menor frecuencia que antes si se le extrae el elemento del deber jurídico²²⁵. ROXIN señala que ello no es correcto formulado con tanta generalidad, pues muchos tipos abiertos tiene el mismo valor indiciario que los cerrados (apertura de la correspondencia -§229StGB-).

Por otra parte, en los tipos cerrados, comprobada la adecuación típica, el juez sólo necesita para determinar la antijuridicidad establecer que no existe ninguna causa de justificación. En los tipos abiertos, para WELZEL²²⁶, se requiere un juicio del juez para determinar la antijuridicidad (realizado un juramento falso, sólo podrá establecerse la antijuridicidad si se acredita que la autoridad era competente para recibir el juramento).

ROXIN²²⁷ opone que, de un lado, una serie de elementos del deber jurídico de WELZEL es portadora de un carácter negativo (“sin autorización de la autoridad”- §284 StGB-, “sin permiso expreso” -§360 StGB-). Juicios positivos y juicios negativos dependen del punto hacia el cual el juzgador dirige su mirada. Si el sujeto de la proposición por la cual se afirma la antijuridicidad es el autor (en tipos abiertos y cerrados: si existe para él una causa de justificación) estaremos en presencia de un juicio negativo. Y si el sujeto de la proposición es el objeto de la acción (ley, funcionario, tribunal) tendremos siempre un juicio positivo. De ahí que entienda ROXIN que la comprobación de la antijuridicidad es, en principio, la misma, en todos los tipos penales.

WELZEL llega, pues, a la conclusión de que los elementos del deber jurídico sólo ponen de manifiesto el deber jurídico del autor. No tienen la función de describir el hecho y por ello pueden, en la mayoría de los casos, eliminarse. Y señala WELZEL que en los tipos abiertos la materia de prohibición no ha sido descrita exhaustivamente. Por tanto, si extrae del tipo penal algunos elementos descriptivos lo que queda no puede, obviamente, cumplir con la descripción exhaustiva de la conducta prohibida, sino que habrá que recurrir al elemento del deber jurídico para completar tal descripción. Y si éste se sustrae a la función descriptiva de lo injusto se llegará al resultado de que el comportamiento prohibido no estaría descrito en ninguna parte²²⁸. Por tanto, la tesis según la cual a todos los elementos del deber jurídico les falta el carácter descriptivo del hecho resulta inaceptable.

Para ROXIN, por el contrario, el conocimiento de los elementos del deber jurídico significa para el autor, en la mayoría de los casos, la conciencia de la antijuridicidad formal de su hecho

²²⁵ ROXIN, C., *op cit.* pág. 91.

²²⁶ *Das Deutsche Strafrecht. Eine Systematische Darstellung*, 9ª ed., 1957, pág. 73.

²²⁷ ROXIN, C., *op cit.* pág. 92 a 95.

²²⁸ ROXIN, C., *op cit.* pág. 99 y 100.

con necesidad lógica, a diferencia de las circunstancias de hecho individualmente consideradas ni el conjunto de ellas. Por tanto, los elementos del deber jurídico ponen al autor en conocimiento directo de su deber jurídico. Son circunstancias valoradoras totales o abarcadoras de la antijuridicidad, pues junto a su función de describir comprenden en sí también el juicio de antijuridicidad reservado a la valoración total del hecho (luego, incluye unos y excluye otros).

En cuanto a su ubicación, pertenecerán al tipo penal en la medida en que no se diferencian de las circunstancias de hecho normativas. Deberán, pues, ser abarcados por el dolo y se caracterizarán frente a otras circunstancias del hecho porque, en virtud de su conocimiento, el autor deduce con necesidad lógica la prohibición de su hecho.

Tienen una doble faz: describen el hecho y albergan en sí el juicio de antijuridicidad. La esencia de los elementos del deber jurídico consiste, pues, en que el conocimiento de tales elementos, por regla general, implica necesariamente el conocimiento de la prohibición, por lo que, necesariamente, comprenden la antijuridicidad.

Estas ideas, manifestadas por WELZEL y parcialmente reelaboradas críticamente por ROXIN, evidencian el problema teórico derivado del modo en que se describen las conductas en ciertos tipos en que no puede quedar perfilada, de un modo nítido, la materia objeto de prohibición. Porque, de los supuestos enumerados por WELZEL y que denomina “*elementos del deber jurídico*” el primer elemento común que puede citarse es que se refieren a supuestos en que es dificultoso describir el supuesto de hecho que determinaría la tipicidad de la conducta. Se suele acudir en los mismos a un término lo suficientemente amplio como para dar cabida a los supuestos a priori imaginables cuya concurrencia se convierte en típica (vgr., “ejercicio de la autoridad adecuado a Derecho”, “validez jurídica”, “deber objetivo de cuidado”).

Una de las diferencias esenciales del enfoque de la cuestión por WELZEL y ROXIN es qué relación existe entre tipo y antijuridicidad en estos delitos. En opinión de WELZEL, exigen una comprobación positiva de la antijuridicidad. Esto es, dicha categoría de la estructura del delito no se contraería, en estos supuestos, a estudiar la concurrencia de causas de justificación a los efectos de afirmar o descartar la misma, sino si, en efecto, el actuar del sujeto, pese a la realización del hecho descrito, fue antijurídico. Ello derivaría de que la realización del hecho (típico), si no va acompañada del elemento del deber, no lesionaría el bien jurídico. Por el contrario, ROXIN afirma que el deber que pone de manifiesto el elemento es constitutivo del hecho, no puede escindirse de él, pues forma parte de la conducta prohibida. Lo que ocurre es que, igualmente, implica de modo necesario la antijuridicidad de la conducta, pues como describe, “el autor deduce con necesidad lógica la prohibición de su hecho”, que no acontecería, necesariamente, con otras circunstancias o elementos integrantes del hecho. La consecuencia, aparente, de lo expuesto por ROXIN es que los elementos del deber jurídico nada añadirían a la concepción general de lo que se considera “tipos cerrados”, pues el juicio de antijuridicidad va ínsito a la

ejecución del hecho y éste se describe plenamente en el tipo. Esto es, podría prescindirse de la categoría. Sin embargo, el propio ROXIN no la niega, sino que señala que tales elementos del deber jurídico participan de una doble naturaleza. Y no prescinde porque no puede obviarse que, en cierto tipo de delitos, que existen elementos de hecho exclusivamente dirigidos a poner de manifiesto un deber del autor que se infringe. Se diferenciarían de los restantes elementos de hecho en que vienen a fijar un contexto, o presupuesto, del que se parte para describir el hecho. De manera que el hecho se integra por dos componentes. Uno, la acción propiamente dicha (y eventualmente, su resultado) y otro el hecho consistente en el deber que se infringe.

Lo esencial es que estos elementos llaman la atención acerca de que no basta, en ciertos casos, con realizar la acción, sino que la misma ha de ir revestida o acompañada de una infracción, pudiéramos decir, primaria, de la que parte y de la que es consecuencia. Y esa infracción lo es bien de normas o principios²²⁹, bien de criterios sociales de adecuación²³⁰.

Dejo expuestas estas reflexiones, pues no es objeto de este trabajo el estudio exhaustivo de esta materia, para volver sobre ellas a continuación, al tratar la incidencia de esta figura de los elementos del deber jurídico en el tipo de prevaricación.

2.3.2 Implicaciones de la teoría de los elementos del deber jurídico en relación con el delito de prevaricación judicial

Retomando las conclusiones a que hemos llegado a la hora de caracterizar el término “injusticia” que integra el delito de prevaricación judicial tipificado en el artículo 446 del CP, lo esencial es que en dicho término, calificativo de la resolución objeto del delito, se comprende la falta de adecuación de la resolución a las exigencias del caso concreto y que, a su vez, la resolución el juez haya infringido el esencial deber de independencia o de imparcialidad, que han de presidir la función judicial. Por tanto, en este caso, la descripción del hecho típico comprende, por así decirlo, dos tipos de vulneraciones del ordenamiento. Una, muy concreta, que es la de las normas sustantivas o procesales aplicables al caso tratado en la resolución o bien en la configuración fáctica del asunto o el ejercicio de potestades discrecionales, lo que hemos denominado “garantía objetiva de la jurisdicción”. Y otra, que es la del deber de imparcialidad o el de independencia inherentes al ejercicio de la función judicial. La integración de ambas infracciones hacen la conducta de quien la dicta intolerable para el ordenamiento y convierten

²²⁹ Este podría ser el caso, de los descritos por WELZEL, de ejercicio de la autoridad adecuado a Derecho (§113 StGB); validez jurídica de una ley o un reglamento (§§110, 116, 137, 153, 164, 360 y 361 StGB); los elementos de la autoría en los delitos especiales (funcionario, testigo, abogado); la falta de autorización (§§99, 132, 136, 168, 290, 299, 300, 353, 368, 370 StGB); la falta de autorización de la autoridad, o policial o de permiso (§§284, 286, 330, 360, 367, 368, 369 StGB).

²³⁰ La falta de adecuación social-la acción se desarrolla completamente dentro de los límites del orden histórico ético social de la vida en comunidad y es permitida por este orden, ROXIN, C., *op. cit.* pág. 74.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

en injusta la resolución, pues el autor infringe los deberes radicales propios del rol que desempeñada en el seno de la institución, la cual es negada en ese caso concreto.

Ello supone que la resolución que constituye el objeto del delito está integrada por dos elementos característicos que integran el concepto de injusticia. Y ambos son de carácter normativo, en cuanto exigen una valoración para ser determinados.

El primero supone que la resolución es errónea, equivocada, e infractora de normas sustantivas o procesales (bien en la integración del supuesto de hecho, bien en la subsunción, bien en el establecimiento de la consecuencia jurídica). Se exige, por tanto, un juicio sobre la resolución a fin de determinar qué era lo correcto para el caso concreto y qué es lo que se acordó. Ello supone la asunción de los criterios de la teoría objetiva y se ha de considerar, desde luego, esta parte del análisis como integrado en el elemento de la tipicidad. Se asumen así los criterios de la teoría objetiva desde la perspectiva de aportar la solución que se estima correcta para el asunto, que ha de ser fijada por el tribunal que, en su caso, enjuiciaría la prevaricación. Ahora bien, en los casos “dudosos”, que pueden reputarse la mayoría, no basta con que la solución sea “defendible” o que se respeten los métodos de interpretación, sino que, en esencia, se ajuste a las necesidades y circunstancias del caso concreto. Esto es, se aplicaría la tesis de la teoría objetiva en su más pura expresión, que es plantearse si la resolución es correcta, no meramente defendible.

Es el segundo elemento, la infracción de la garantía subjetiva de la jurisdicción, respecto del cual adquiere sentido la figura referida de “elementos del deber jurídico”, consistente en que la resolución dictada supone una vulneración del esencial y radical deber judicial de imparcialidad o del de independencia. Y no es una cuestión de estudiar si se aplicó correctamente el método jurídico, sino que, por las circunstancias en las que me he posicionado en contra. Sino que, por las circunstancias en que se dictó la resolución, suponía la contravención de dichos deberes. O dicho de otra manera, su dictado en esas circunstancias conlleva esa vulneración.

Puede advertirse, por tanto, que el elemento típico “injusticia”, en esta segunda vertiente, pone de manifiesto al autor el incumplimiento del deber. Por tal motivo, cumple una doble función y participa de una doble naturaleza.

De un lado, describe la conducta prohibida integrando el hecho típico, pues la resolución es injusta por incorrecta, equivocada o infractora de la ley y por contravenir el régimen legal y constitucional que determinan los deberes esenciales del estatuto del juez. No es posible lo uno sin lo otro. E igualmente, pone de manifiesto la antijuridicidad de la conducta. Pues, utilizando las palabras de ROXIN, significa para el autor conciencia de la antijuridicidad formal de su hecho con necesidad lógica. Así por ejemplo, el juez que aplica una norma de modo incorrecto con la pretensión de favorecer a una de las partes en detrimento de la contraria y faltando, por tanto, a su deber de imparcialidad, no puede desconocer que obra de modo antijurídico. Pues, puede ser

muy discutible la visión que se pueda tener acerca de la resolución de un asunto, mas, sobre que el juez no puede pretender favorecer ilícitamente a una de las partes caben muy pocas dudas. Y es que tal resolución, desnuda del quebrantamiento del deber de imparcialidad, podría ser meramente discutible y no antijurídica.

Llegados a este punto se puede concluir, por tanto, que el elemento normativo “injusta” dentro del delito de prevaricación judicial es un elemento típico integrado por el incumplimiento de las normas aplicables al caso y el deber de independencia e imparcialidad al que se halla sujeto el juez, integrándose ambos elementos en el tipo, con naturaleza de hecho típico pero constituyendo, así mismo, el elemento de la antijuridicidad de la conducta típica, participando, por tanto de una doble naturaleza.

Una resolución podrá ser injusta desde un punto de vista de justicia material pero no desde un punto de vista típico si no se dictó con vulneración de la garantía subjetiva de la jurisdicción que es esencia de la función judicial, más allá de las concretas normas aplicables al caso cuya interpretación, en muchos supuestos, podría ser discutible.

La injusticia de la resolución ha de estar anclada, pues, sobre la base de estos pilares, que pasamos a desarrollar

3. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA “RESOLUCIÓN INJUSTA”

3.1. Punto de partida

Como ya se ha razonado anteriormente²³¹ no existe un “método” inequívocamente definido de aplicación del Derecho. Como tampoco de valoración de la prueba o de los indicios. De ahí que sea muy dudoso acudir a la teoría de la contravención del método para valorar si la decisión es injusta²³².

En relación con el postulado estrictamente objetivista de contradicción de la resolución con el Derecho objetivo, que se dicte una resolución contraria a una norma o al rendimiento de las fuentes de prueba, o vulneradora de algún derecho fundamental (que sería una especie de la antedicha categoría general), por poner algunos ejemplos, es algo previsto y asumido por el ordenamiento.

Y no ya porque se parta de la falibilidad humana, pues no entiendo que pueda concebirse el régimen de recursos únicamente como un medio de depurar fallos o errores en la aplica-

²³¹ *Vid. supra* pág. 52 a 54.

²³² Según RADBRUCH la justicia es una idea formal. Exige solamente tratar igual a lo igual y distintamente a lo distinto, pero no pone en la mano una medida que sirva para determinar lo igual de lo que no lo es; RADBRUCH, G. *Rechtsphilosophie, cit.* pág. 183-185.

ción de la norma. Más bien se trata de conseguir uniformidad en la interpretación y aplicación de la misma, a fin de evitar que la necesaria sujeción a órganos judiciales distintos provoque soluciones contradictorias para quienes se encuentran en supuestos semejantes, lo que podría considerarse atentatorio contra el principio de igualdad y la seguridad jurídica. Por ello, el régimen de recursos sólo parcialmente corrige las consecuencias de la falibilidad humana de la que, desde luego, no están exentos los jueces, ni mucho menos. Buena parte de las decisiones revocatorias se basan en que el órgano jurisdiccional superior mantiene un criterio jurídico distinto que el del órgano inferior²³³. Y es muy difícil discernir si lo que hizo el órgano inferior fue erróneo o incorrecto o, simplemente, divergente con el criterio de la superioridad. Habría multiplicidad de supuestos imaginables en los distintos órdenes jurisdiccionales.

3.2. Elementos integrantes del concepto de injusticia

3.2.1 Infracción de la garantía objetiva de la jurisdicción: falta de adecuación de la resolución a las exigencias del caso concreto

Este requisito se refiere a que, necesariamente, se ha de indagar qué era lo correcto, y pronunciarse sobre ello el tribunal que juzga la prevaricación. Representa la infracción del deber que constituye la garantía objetiva de la jurisdicción.

El primer requisito para hablar de resolución injusta, pues, es que la misma no resuelva adecuadamente el supuesto planteado. Esto es insoslayable y puede denominarse de la manera que se quiera (resolución contraria a derecho, resolución errónea o equivocada, resolución incorrecta). Por tanto, se deberá estudiar el asunto y emitir una opinión jurídica sobre su resolución, viendo si la sometida a juicio se acomoda a o no a la misma²³⁴. En este punto, es irrelevante, todavía, la forma en que se llegó a la decisión.

Se pueden asumir a tal efecto los argumentos de la teoría objetiva de que se ha indagar si existió contravención del Derecho y además, si se dio al caso la solución que se considera correcta. Pero con la matización de que no se trata de indagar si la decisión era defendible (que

²³³ Cfr., a título de ejemplo, la divergencia entre la Sala de lo Penal TS y distintas Secciones de la AP de Madrid respecto de la fijación de lo que hubiera entenderse pro cantidad de notoria importancia en relación con el delito del art. 368 CP, referida en MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., “Prevaricación e interpretación judicial...” *cit.* pág. 7 y nota 18.

²³⁴ Como señala CÓRDOBA RODA, al referirse a la necesidad de que exista una vulneración de la ley (o, *mutatis mutandi*, solución inadecuada al caso, como se define aquí), la idea es clara, mas su concreción nada fácil. Mas tal dificultad no debe conducir a prescindir de esta exigencia y derivarlo todo a la presencia del elemento subjetivo “a sabiendas”. Operar así, añade dicho autor “sería prescindir de un requisito de la parte objetiva del tipo, suplantarlos por un sucedáneo subjetivo y extender el ámbito de lo delictivo”. CÓRDOBA RODA, J. “El delito de prevaricación judicial” en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor CEREZO MIR. DÍEZ RIPOLLÉS (coord.)*, Tecnos, Madrid, 2002 pág. 12256.

es propio de la teoría objetiva) o qué método se empleó, si fue el correcto y si entraron en juego consideraciones extrañas al deber del juez (razonamiento propio de la teoría intermedia). Esto último se afirma porque, como ya se ha señalado *supra*, no ha de restringirse la valoración a si la decisión era meramente asumible (esto es, defendible o conforme al método), dada la equivoicidad que plantea tal concepto. Por otra parte, no es función de los jueces encontrar soluciones meramente defendibles técnicamente irreprochables, sino adecuadas a la situación que se le somete. Tal libertad puede tenerla cualquier otro jurista, mas no el juez.

Este primer aspecto es de suma importancia, pues expresa la necesaria fijación de la decisión correcta para el caso en que se entendió cometida la prevaricación. Desde la perspectiva constitucional del derecho del acusado a conocer la acusación contra el mismo dirigida y de su derecho de defensa, es evidente que si se acusa a un juez de dictar una resolución que se va a denominar injusta se determine tanto por la acusación como, en su día, por el tribunal, cuál era la justa o correcta para el caso. Y ha de hacerlo el tribunal que juzga la prevaricación, con independencia de los pronunciamientos que hayan podido recaer en el orden jurisdiccional donde la prevaricación haya acaecido.

Si la decisión sometida a juicio es acorde con la que el tribunal de enjuiciamiento considera adecuada, nada más habrá que indagar. Son irrelevantes, a tal efecto, las motivaciones²³⁵, forma de llegar al dictado de la resolución, proceso discursivo empleado o argumentación expuesta en aquella.

En este punto hemos de detenernos en un aspecto. Puede ser que la decisión (correcta) adoptada se haya dictado sin contener ningún tipo de razonamiento o explicación de lo resuelto. Esto es, que se trate de una decisión inmotivada. Si es así, se infringe el deber de motivación de las decisiones judiciales, contemplado en el artículo 120.3 de la Constitución y ampliamente tratado tanto en la jurisprudencia ordinaria como en la constitucional²³⁶. Podría decirse o cuanto menos, pensarse, que la ausencia de motivación convierte la decisión en arbitraria. Mas no necesariamente. Podría tratarse, meramente de que se está infringiendo el deber de explicitar el razonamiento que, sin duda, ha debido realizar al juez a la hora adoptar la decisión, por muy simple que fuera el mismo. De ahí que, si la decisión adoptada es, por así decirlo, sustancialmente correcta,

²³⁵ Si bien AGUILÓ REGLA mantenía que una decisión correcta pero adoptada por motivos torcidos era ilegítima, a los efectos de este delito de prevaricación judicial no creo que pueda extenderse la tipicidad a estos supuestos. Esencialmente, porque si no hay infracción del derecho aplicable al caso concreto, faltaría uno de los elementos que defino como constitutivos de la injusticia de la resolución. Pero, más allá de esto que postulo, incluso desde las otras teorías que se han expuesto, sería difícil calificar como injusta una decisión correcta defendible o conforme al método.

²³⁶ Gráficamente describe CÓRDOBA RODA que “La orfandad de motivación, hipótesis total y absolutamente difundida en la práctica judicial, no determina, por sí sola, la existencia de una resolución injusta.” *op. cit.* pág. 1226.

ya no quepa indagación alguna, en sede penal, de por qué no se explicitó el razonamiento²³⁷.

Si la decisión sometida a juicio es contraria a la que se considere adecuada, se ha de continuar la indagación.

3.2.2 Infracción de la garantía subjetiva de la jurisdicción

Este requisito atiende a la configuración instrumental del delito como de infracción de deber y representa el quebranto de la que hemos denominado garantía subjetiva de la jurisdicción. Sólo la vulneración de ésta, partiendo, igualmente, de la vulneración de la objetiva, dará lugar a considerar prevaricadora la resolución dictada. Esto es, no será injusta sólo por su contradicción con el ordenamiento, sino porque esa contradicción deriva de la persecución de intereses ajenos o contrapuestos a la función judicial. Dichos intereses pueden ser muy diversos, pero pueden identificarse bien con la utilización de la función ostentada para la consecución de intereses particulares (sean o no propios), bien con que se persiga el favorecimiento de una de las partes en detrimento de la contraria.

La introducción de este elemento en el tipo objetivo del delito de prevaricación judicial supone dar carta de naturaleza a los motivos o motivaciones del autor en la configuración de este elemento típico de la injusticia. Será su concurrencia la que haga devenir una decisión meramente errónea, incorrecta o incluso, ilegal y en definitiva, inadecuada al caso, en injusta desde el punto de vista del delito de prevaricación.

Puede asumirse lo problemática que es la enunciación de esta tesis²³⁸. Desde un punto

²³⁷ La Sentencia 193/1996, de 26 de noviembre, del TC, reiterando una doctrina consolidada, señala que es "... exigencia ineludible de las resoluciones judiciales que adoptan la forma de autos o sentencias, el proceder a su motivación. Esta no es un simple complemento de la decisión de Jueces y Tribunales, sino que constituye un elemento decisivo en la formación de tales resoluciones, reconocida y establecida constitucionalmente en el art. 120,3, y que contribuye decisivamente a dotar de una relevante significación a la decisión judicial, explicando el porqué de la convicción alcanzada respecto de los hechos probados, esto es, en lo atinente a la determinación de las pruebas en las que el órgano judicial se ha basado para llegar a la existencia de los mismos, así como en lo referente a los fundamentos de derecho, razonando el proceso de subsunción de los hechos probados en las correspondientes normas jurídicas, e incluso el uso que se hace del arbitrio judicial en los casos en que éste procede. ...". La sanción habitual a la carencia de motivación, fáctica o jurídica, de una resolución judicial suele ser, de utilizarse por las partes afectadas la vía procesal adecuada, la declaración de nulidad de la misma, bien por la vía de recurso bien en incidente instado a tal efecto (cfr. arts. 238,3º, 240 y 241 LOPJ).

²³⁸ En particular, en relación con el delito de prevaricación judicial, la doctrina mayoritaria y la práctica jurisprudencial parecen descartar los motivos del autor, al menos, aparentemente. Así, se señala que "La determinación (de la injusticia) ha de realizarse conforme a criterios objetivos, con independencia de la motivación que hay guiado al juez o magistrado al dictar la resolución." FLORES MENDOZA F. en VVAA, *Derecho Penal Parte Especial*, cit. pág. 727; "El Código prescinde del móvil"; "tal vulneración se dará siempre que la sentencia o resolución comporte en sí, abstracción hecha de los propósitos ánimos o representaciones de su autor, una infracción de la ley" CÓRDOBA RODA, J. "El delito de prevaricación judicial" en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Doc. D. José María CEREZO MIR*, VVAA, Tecnos, Madrid, 2002, pág. 1221.

de vista pragmático, porque, como advierte SÁNCHEZ-VERA²³⁹, “existe certidumbre de que el *statu quo* es el que es: que se tenga por inamovible que “la motivación” del autor no deba ser parte de la teoría jurídica del delito. La cuestión ni se tematiza. La intención, el conocimiento, en su caso la voluntad, sí; los motivos de autor, no”. Señala, no obstante, SÁNCHEZ-VERA²⁴⁰, que no son pocos los enjuiciamientos que, empero, parecen solventar el dilema de si existe o no delito, guiados precisamente por la motivación del autor: resoluciones funcionariales o judiciales revocadas –y, por ende, injustas– hay innumerables²⁴¹, y si el tipo subjetivo se conforma desde el tipo objetivo, parece que habría que afirmar que en ellas el autor conoció la propia resolución –luego tuvo dolo–, de tal modo que las escasas condenas por este delito apuntan a que los tribunales parecen sentenciar en muchas ocasiones teniendo muy en cuenta a la postre los motivos del autor: motivos espurios igual a delito, en tanto que el tratamiento de una resolución injusta sin motivación espuria, tan solo debería quedar en el ámbito de la revocación a través del sistema habitual de recursos.

Parte SÁNCHEZ-VERA para realizar estas afirmaciones de las ideas, a su juicio, vertidas por OCTAVIO DE TOLEDO²⁴² cuando trabajó los elementos “*a sabiendas*” y “*negligencia o ignorancia inexcusable*” del antiguo art. 358 del CP. Entiende SÁNCHEZ-VERA que sí analizó y localizó perfectamente la incógnita de la motivación del autor y su influencia en el tipo subjetivo del delito de prevaricación, tomando razón del problema –a diferencia de la doctrina al uso– al tiempo de rechazar la teoría subjetiva de la prevaricación²⁴³. Se hacía cargo, indica SÁNCHEZ-VERA, de la cuestión de la motivación del autor, aunque fuese para declinar que en general hubiera que estarse a dichos motivos. Con todo, indica el mismo autor, no se abandonó del todo, en cualquier caso, el terreno de la motivación, pues ya advirtió OCTAVIO DE TOLEDO, tras definir la prevaricación (para los casos de leyes multívocas o ejercicio de potestades discrecionales)²⁴⁴ que habría prevaricación cuando en definitiva el “juez decide guiado por considera-

²³⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J. “Un reto para el dolo: los motivos del autor” en *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho*, Estudio penales en homenaje a Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Martín Lorenzo, M., Maqueda Abreu, M. L. y Ventura Püschel, A., Marcial Pons, Madrid, 2016, pág 339.

²⁴⁰ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Un reto para el dolo...” . *cit.* pág. 341 a 343.

²⁴¹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público..*, *cit.*, pág. 359: “Pretender evitar todas las decisiones injustas mediante su tipificación como delito, es, en consecuencia, un exceso”.

²⁴² *Ibidem op. cit.* pág 37.

²⁴³ Se refiere al fragmento de la obra tantas veces aquí citada que señala: “lo que importa no es el fin perseguido por el funcionario”, es decir su motivación, “sino el fin que objetivamente persigue la resolución por sí misma”; “no se trata de comprobar las inclinaciones del funcionario”; “el funcionario que dicta la resolución con una subjetiva finalidad coincidente con la fijada por el ordenamiento, puede haber dictado una resolución manifiestamente injusta (por desviación de poder) si objetivamente la resolución no expresa aquella finalidad, debido a que la impericia del funcionario en el dictado impide entender la resolución de otra forma que en función de una finalidad ajena a la que el ordenamiento marca; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público...*, *cit.* pág. 355 y ss.).

²⁴⁴ “La injusticia de la resolución consiste en la no utilización de los medios y métodos científico-jurídicos, que el funcionario tiene el deber de emplear en todo caso y especialmente en supuestos de ‘leyes multívocas’ y

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

ciones extrañas al asunto, en contra de su convicción jurídica, obtenida por la interpretación de dicha ley por los medios y métodos de la ciencia jurídica”²⁴⁵, esto es, que en ciertas ocasiones sí habrá que estarse a las posibles motivaciones espurias del acusado.

Puede compartirse la tesis esencial que manifiesta SÁNCHEZ-VERA, esto es, que los motivos del autor sí que son relevantes, al menos al tratar este delito.

Sin embargo lo en su día afirmado por OCTAVIO DE TOLEDO al aludir a que el funcionario resolviera “*por consideraciones extrañas al asunto*” no era, realmente, una toma en consideración, de un modo relevante, de la motivación del autor. Podría haberlo sido, mas no es ello en lo que se hace especial hincapié ni por RUDOLPHI, ni por quienes, posteriormente en la doctrina y en la jurisprudencia, asumen total o parcialmente sus postulados.

Lo que OCTAVIO quiso expresar cuando formula dicha frase es, que el método ha de llevar a la solución correcta o, cuanto menos, aceptable y su falta de seguimiento es lo que denomina resolver por consideraciones extrañas al asunto. Sus postulados, más bien, vendrían a referirse al método jurídico, aunque pueda parecer otra cosa. Con todo, la utilización de la expresión induce a confusión. Y ello porque previamente OCTAVIO ha enunciado su principal tesis: la injusticia de la resolución consiste en la no utilización de los medios y métodos científico-jurídicos, que el funcionario tiene el deber de emplear en todo caso y especialmente en supuestos de ‘leyes multívocas’ y de ‘discrecionalidad’²⁴⁶.

A título de ejemplo de lo expuesto, puede citarse a RAMOS TAPIA²⁴⁷, que asume la teoría intermedia o de los deberes por entenderla más acorde con la tipificación del delito en nuestro

de ‘discrecionalidad’, para que su resolución sea realmente ‘defendible’; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público...*, cit. pág. 390.

²⁴⁵ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público...*, cit. pág. 350.

²⁴⁶ La matización, sin embargo, no está exenta de dificultad. Y ello porque no es extraño advertir admisiones, al menos implícitas, de la motivación del autor, a la hora de calificar como injusta una la resolución. Así por ejemplo, QUINTANO, en *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Madrid 1966, pág. 65. También QUINTERO OLIVARES señala que es injusta cuando su motivación real es ajena al proceso pues el juez abusa de su jurisdicción para ejecutar sus particulares designios, intereses amores y odios, aunque luego excluye que sea prevaricadora una decisión posible pero malévola; QUINTERO OLIVARES G., *op.cit.* pág. 1283. GIMENO JUBERO afirma “Se ha ofrecido solución examinando la cuestión desde la perspectiva de infracción del deber del juez a ser fiel con el derecho, que toma la perspectiva de cuál es la motivación del juez. Si ésta es ajena al ordenamiento jurídico el abuso de la función judicial se produciría. Esta teoría se maneja bien en supuestos de tergiversación de hechos o supuestos de discrecionalidad judicial, pero puede conducir a que una motivación espuria, aunque haya aplicación correcta de la norma, deba ser estimada como prevaricadora.”, GIMENO JUBERO M. A., *op. cit.* pág. 4; HAVA GARCÍA también alude a que “la prevaricación dolosa debe ir acompañada de la conciencia de que se está adoptando una decisión injusta, ya por serlo intrínsecamente, ya porque se adopta por motivos ajenos a la función judicial (ÁLVAREZ GARCÍA), razón por la cual se ha mantenido en ocasiones que el ejercicio de las facultades jurisdiccionales puede conformar una prevaricación si obedece a motivaciones como el odio, la venganza o el interés personal” (citando la STSJ de Cataluña 1/05 de 3 de enero), HAVA GARCÍA E., en VVAA, ÁLVAREZ GARCÍA, FCO. J. (dir.), *Tratado... cit.*, pág. 838.

²⁴⁷ RAMOS TAPIA M. I., *El delito de prevaricación...cit.* pág. 319 a 322.

CP y que sintetiza la misma exponiendo que “La injusticia exigida por el tipo doloso debe interpretarse como la propia de una resolución que contiene una solución que no es jurídicamente adecuada al caso, bien porque se haya adoptado infringiendo los métodos o reglas de interpretación o aplicación del Derecho, en cuyo caso la injusticia de la resolución será perceptible por terceros, con la sola lectura de la fundamentación jurídica (resolución manifiestamente injusta), bien porque el juez no haya optado, entre las diversas soluciones defendibles, por aquella que, según la convicción jurídica obtenida en el proceso, resulte la más adecuada al caso, la más *justa*. En ambas hipótesis la decisión no se ha dictado con vinculación exclusiva al Derecho y, por tanto, no puede ser materialmente conforme al mismo. Por ello también, en el segundo supuesto, la injusticia sigue siendo también una injusticia objetiva, en el sentido de que se basa en la contrariedad con el ordenamiento jurídico y no en la contrariedad con la conciencia subjetiva del juez. Lo que ocurre es que en el caso de normas que remiten a la discrecionalidad del juez, la norma exige que el juez elija la decisión más adecuada o más justa para el caso (...). No se trata de adoptar un concepto subjetivo de la injusticia, en el sentido de que la misma se mida por su conformidad a la conciencia subjetiva del juez sobre la justicia, sino de la constatación de que el único criterio para valorar la justicia es la adecuación a la convicción jurídica subjetiva del juez, pues el propio ordenamiento remite a esa convicción como última pauta para una aplicación objetivamente correcta del ordenamiento jurídico”.

Parece distinguirse por la citada autora entre la infracción de las reglas de interpretación y aplicación del derecho, que nunca dará lugar a una resolución defendible (por lo que en tal caso la injusticia es manifiesta) y la resolución que, siendo defendible, no es la más adecuada al caso, por apartarse el juez deliberadamente de ella aun adoptando otro que pudiera ser, igualmente, defendible. En la adopción de esta última podrán influir las consideraciones extrañas al proceso, pues en tal caso no ha cumplido los deberes que han de presidir su actuación, en orden a la búsqueda de la solución adecuada.

Pese al esfuerzo argumentativo desplegado para evitar que se pueda achacar a esta postura la admisión de lo que por principio niega, que es que la conciencia del juez sea determinante de lo justo y lo injusto, propio de los postulados subjetivistas, la tesis expuesta por RAMOS TAPIA conduce a similares problemas que estos. Ha de reconocerse que la convicción jurídica del juez a que se refiere RAMOS TAPIA tiene un cariz objetivo, pues lo que viene a decir es que cuando, por ejemplo, ejerce facultades discrecionales, se le ofrecen diversas posibilidades (prisión preventiva o libertad, adopción de una orden de protección o no) y que la técnica jurídica, correctamente empleada, le ha de ayudar a decantarse por una u otra. Dicta una resolución injusta cuando, sabiendo que la procedente es una, adopta la contraria. A la capacidad de discernir cuál es la opción pertinente es a lo que denomina “conciencia jurídica del juez”, que tiene un cariz objetivo, por proporcionársela las técnicas de la ciencia jurídica, no sus convicciones particulares. Introduciendo este matiz pretende alejarse de los postulados subjetivistas.

Sin embargo, se pueden plantear dos objeciones.

La primera de índole meramente práctico, cual es la dificultad de acreditar qué es lo que el juez, en el caso concreto, entendió como adecuado y en contra de lo cual actuó. Pues, según se expone, no se trata de lo que objetivamente fuera adecuado, sino de lo que el juez entendiera propiamente adecuado para el caso concreto.

La segunda objeción es de orden conceptual. No hay mucha diferencia entre decir que el juez actuó en contra de sus convicciones particulares, que le conducían a adoptar la decisión correcta, que decir que el juez actuó en contra de lo que su formación jurídica le ofrecía como adecuado. La diferencia estriba en que en el primer caso actúa en contra de su conciencia y en el segundo en contra de, por así decirlo, el Derecho. Mas no puede o es muy difícil desgajar en quien tiene formación jurídica ambos tipos de convicciones, pues por ejemplo, sus prejuicios le pueden ofrecer como adecuada una decisión que no lo sea pero que, ante su ojos (y su conciencia) aparece como la justa.

No tiene cabida aquí, pues, en modo alguno, la motivación del autor. La alusión a las consideraciones extrañas al asunto es por así decirlo, superflua, en el sentido de que no añade nada a lo ya expuesto. Podría identificarse como la causa de no resolver conforme al método, pero desde luego no se la eleva a la categoría de elemento determinante de la tipicidad. Es a lo sumo, una explicación de la razón de proceder así. Y resulta de este modo porque no se ha incidido, desde esta teoría, en cuáles fueran las razones del autor para no resolver conforme al método. No se han definido o, al menos, descrito, en qué pudieran consistir esas consideraciones extrañas al asunto.

Lo que se viene a sostener desde los defensores de la teoría intermedia es que, en casos de leyes multívocas (que he identificado con la mayoría) y ejercicio de potestades discrecionales, lo que determinará la solución adecuada, salvo que la resolución sea esperpéntica o manifiestamente injusta, es, por así decirlo, el adecuado empleo de la ciencia jurídica. Se confía en que el debido uso de las técnicas de interpretación, el respeto a las normas procesales sobre la valoración de la prueba y los criterios jurisprudenciales y doctrinales asentados, inexorablemente, han de conducir a lo correcto o adecuado al caso. Todo lo que no sea eso, es encuadrable en la expresión “resolver por consideraciones extrañas a asunto”. Y el deber judicial que opera como norma de determinación es el de decidir conforme al derecho, conforme a la ciencia jurídica, mas entendido aquel deber desde un punto de vista metodológico. No se percibe en esta teoría una preocupación por la probidad o integridad del juzgador, que, a lo sumo, será una conclusión irrelevante a la que se llegue tras el análisis del tipo subjetivo. El juez deber actuar conforme al método y se le castiga porque la resolución dictada no es la consecuencia natural que se derivaría del respeto del mismo. Bien porque deliberadamente se ignoró, bien porque, también deliberadamente, se actuó en contra de lo que el mismo ofrecía como solución adecuada.

La consecuencia inmediata de ello es que, para analizar la tipicidad de la resolución, su injusticia, los seguidores de esta teoría intermedia no han de indagar las motivaciones del autor. Desde la perspectiva de la tipicidad las mismas serían, por así decirlo, algo meramente anecdótico. Así por ejemplo, imaginemos que se considera prevaricadora la decisión de un juez de 1ª Instancia que declara no haber lugar a enervar un desahucio pese a haberse consignado por un tercero la renta debida por el arrendatario, para liquidar la deuda de éste con el arrendador, obviando las normas que permiten el pago por tercero (artículo 1158 del Código Civil). Y ello sobre la base del argumento de que la Ley de Arrendamientos Urbanos contempla como causa de resolución la falta de cumplimiento por alguna de las partes de alguna de sus obligaciones y, en concreto, el pago de la renta por el arrendatario (artículo 27.1 y 2ª LAU), siendo así que ese tercero no es parte en el contrato y no está legitimado para efectuar el pago. Para los seguidores de esta teoría intermedia, la injusticia de la decisión derivaría de que la utilización más elemental del método sistemático debió conducir, por relacionar los preceptos de la LAU con los del Código Civil sobre el pago, a dar por válido el mismo y permitir la enervación del desahucio. Y, en este caso, el juez se apartó de dicho método (quedaría para el análisis de la parte subjetiva del tipo si ello lo hizo con conocimiento, por error o por simple ignorancia), no siendo asumible que el mismo señalara en su resolución que aplicaba el principio de que la ley especial prevalece sobre la general, siendo la de arrendamientos especial respecto de la general del artículo 1158 del Código Civil. Desde esta perspectiva sería indiferente que, por ejemplo y más allá de su argumentación, se supiera que el juez adoptó la resolución considerada injusta porque era conocido del arrendador y éste le había comentado que le venía bien la resolución por impago, pues tenía una oferta de otro posible arrendatario que le ofrecía mayor renta que el anterior, siendo así que el juez quiso favorecer a su conocido permitiendo que prosperara el desahucio. A lo sumo, podría constituir un elemento indiciario de dolo del autor. Sin embargo, no parece que la última de las circunstancias introducidas haya de ser irrelevante. Puede verse de modo más nítido con otro caso hipotético

Si nos centráramos, por ejemplo, en el ejercicio de potestades discrecionales, pensemos en la adopción de la medida de prisión provisional. Para su adopción se requiere (ex artículo 503 de la LECr.) la existencia de indicios de criminalidad, que el delito imputado supere, en cuanto a gravedad de la pena, los límites fijados y la persecución de alguna de las finalidades previstas en la norma. En orden a la valoración de dichas finalidades, pensemos en la de evitar el riesgo de sustracción a la acción de la justicia, también llamado riesgo de fuga. Normalmente se hace una valoración ponderada de diversos factores, como son arraigo del investigado o acusado, posibilidades económicas, gravedad de la pena, en su caso, a imponer, existencia o no de antecedentes penales y cualquier otro que se considere de interés al caso. Puede darse el supuesto de que, pese a que dicho arraigo exista, no haya disponibilidad de recursos económicos notorios y la pena no sea de tal magnitud que permita entender que la misma de por sí

hace concurrente el riesgo de sustracción a lo que se le puede sumar, por ejemplo, que el investigado o acusado carezca de antecedentes penales, el juez o tribunal considere que este riesgo sí existe, razonándolo en su resolución en lo que su experiencia le dice por casos similares y la impresión que le ha generado el investigado es que intentará ocultarse si permanece en libertad. Imaginemos que, interpuesto recurso de apelación contra su decisión, el tribunal superior la revoca y acuerda la libertad provisional. ¿Significa ello que contravino el juez a quo el artículo 503 de la LECr? ¿O sólo que interpretó muy estrictamente los parámetros para valorar el riesgo de fuga concurrente?

Ciertamente, el juez a quo se atuvo a la existencia de indicios, identificó una de las finalidades exigidas por el precepto y razonó el por qué. De ahí que, *stricto sensu*, la resolución podría estimarse defendible. Por otra parte, el juez del ejemplo analizó, argumentó y ponderó, ateniéndose a las exigencias legales. Por tanto, ni desde la perspectiva objetivista ni desde la teoría intermedia tendría necesariamente que calificarse la resolución de injusta.

Pero, evidentemente, para estimar el recurso de apelación y dejar sin efecto la medida cautelar se ha de estimar infringido el art. 503 LECr, en este caso, manifestándose por una inadecuada ponderación de los factores a tener en cuenta para apreciar el riesgo de sustracción de la acción de la justicia. El razonamiento del tribunal *ad quem* podría ser que ante factores objetivos como arraigo familiar, ausencia de recursos económicos y carencia de antecedentes no puede primar la mera impresión que el investigado causó al juez o las intuiciones que le sugieren su experiencia. Bajo estos criterios, sí que podría, igualmente, decirse desde la teoría objetiva que, precisamente, con base en tal razonamiento del tribunal de apelación, la resolución no era defendible. Y desde la teoría intermedia, que una debida ponderación de los factores aludidos no podía sino conducir a la solución correcta mantenida por el órgano judicial superior.

Empero, a menos que se identifique la injusticia con la adopción de criterios erróneos, estrictos o laxos, según el caso, y se tome como indicio de la misma (confesado o inconfesado) la revocación de la resolución por un órgano superior, las dos teorías aludidas pueden resultar ambivalentes y susceptibles de valorar una decisión como justa e injusta.

Con los solos mimbres aportados hasta ahora y tomando como criterio hipotético de decisión los postulados de la teoría objetiva y subjetiva, la decisión podría estimarse sólo errónea, desafortunada o extravagante, mas no típicamente injusta. Mas también y por los argumentos expuestos, lo contrario. He aquí la ambivalencia que se intenta resaltar. Pero lo que parece indudable es que, más allá de la defendibilidad teórica o del seguimiento del método, la decisión era inadecuada.

Introduzcamos, expuesto lo anterior, otra variable al caso del ejemplo. Sería la siguiente: el juez que acordó la prisión provisional era amante del marido del investigado, siendo la causa real de la adopción de su estricta decisión no ya la razonada en el auto, sino el deseo de que,

encontrándose en prisión el marido, se facilitara la relación con su amante. Esto es, su resolución expresó una causa falsa, a modo de necesaria cobertura de la verdadera y espuria. Y añadamos que dicho juez, poco después y tras recaer la decisión del órgano superior, en un pasillo del edificio judicial, se lo confiesa al amante, como prueba de su interés por él, siendo oído, casualmente, por el letrado del investigado ya preso y por un funcionario del Juzgado. Acto seguido, dicho letrado interpone contra el juez querrela por prevaricación.

A la vista de esta nueva variable cabe pensar qué trascendencia tiene la misma a la hora de valorar la injusticia de la medida cautelar adoptada. Partamos de que la resolución es la que es y prima facie, por tanto, podría pasar por justa y la conducta del juez por atípica. Empero, ¿puede afirmarse con total seguridad que el contexto en que se adopta la decisión pasaría inadvertido para el tribunal que debiera juzgar el asunto? ¿O que un seguidor de la teoría objetiva o de la intermedia soslayaría tal circunstancia? No es descabellado pensar que en ambos casos podría razonarse, siempre bajo los parámetros de ambas teorías, del siguiente modo. Siendo un caso en el que existe amplio arbitrio judicial, si bien reglado, es difícil determinar a priori la injusticia de la resolución. Sin embargo, atendido que se trataba de una medida restrictiva de la libertad, que exige un especial cuidado a la hora de su adopción, así como la necesaria proporcionalidad que ha de tener la medida, no es asumible por ningún método de los usualmente utilizados en Derecho que, careciendo el investigado de antecedentes, teniendo arraigo y no siendo el delito castigo con una pena excesiva acordar, en tal caso, la prisión provisional. Pero, ¿se utilizaría este razonamiento en todo caso, o sólo conociendo las razones por las que el juez dictó la resolución que se tilda de injusta? Porque, los “métodos” permitirían llegar, desde luego, a la adopción de la medida de prisión provisional, por más que la misma se considerara desacertada.

Las limitaciones y la equívocidad del criterio de la defendibilidad o corrección del método empleado generan, pues, la duda de cuál es el verdadero fundamento de tildar una resolución de injusta, si tales parámetros, o el contexto en que se dictó la resolución. Contexto que, desde luego, está integrado esencialmente por la motivación del autor a la hora de resolver. Quiere decirse con esto que ambos criterios son bastante moldeables, pues permiten juzgar en muchos casos algo como justo o injusto. Y como, desde luego, no parece que se puede hacer abstracción de lo que el procedimiento seguido por el delito haya puesto de manifiesto, existe la duda de cuál es la razón que determina considerar injusta la resolución. Si los aparentes apartamientos del método o falta de defendibilidad o los motivos que influyeron en el dictado. En la formulación de la opinión (si se trata de un estudio) o en el dictado de la resolución (si se trata de un tribunal), necesariamente se ha de razonar sobre lo primero. Pero no sobre lo segundo. Al menos, a la hora de definir como injusta la resolución, pues es doctrina y práctica casi unánime privar de importancia a los motivos del autor. A lo sumo, podrían invocarse como indicio del carácter doloso del hecho.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Por el contrario, entiendo, como ya he expuesto, que el contexto personal de adopción de la decisión (ser amante del marido del investigado) y los motivos derivados de ese contexto (querer perjudicar al marido) son esenciales a ahora de juzgar como injusta o no la decisión sometida a juicio. Y se ha de exteriorizar así. Esto es, el acusado y, en su caso, condenado, tiene derecho a conocer de qué se le acusa y por qué se le condena realmente. En el ejemplo que tratamos, no por acordar una medida cautelar de la gravedad de la prisión de modo muy estricto e infringiendo, por tanto, el art. 503 LECR (quebrantamiento de la garantía objetiva de la jurisdicción), sino porque al dictarla se apartó de su esencial obligación de imparcialidad (quebrantamiento de la garantía subjetiva de la jurisdicción), revistiendo su mera voluntad de los ropajes propios de la argumentación jurídica que la justifica.

Y es que, la motivación del autor, en esta cuestión, no puede desgajarse de la resolución en sí, pues, lo sostenible jurídicamente, puede encerrar la mayor de las injusticias, siendo este uno de los ejemplos. Es esencia de la función judicial la realización del valor consagrado en el artículo 1 de la Constitución como uno de los fundamentales del orden jurídico, la igualdad, así como el principio de igualdad contemplado en el artículo 14.1 de la misma. Todo lo cual se ha de entender proyectado, igualmente, hacia la obligatoria imparcialidad que ha de presidir el ejercicio de la citada función. De modo ordinario, estos principios no se ven reflejados en la resolución directamente porque no se ven comprometidos. No ha de acudir, en principio, a la hora de valorar o explicar una resolución a si se dictó con imparcialidad, o si respeta el principio de igualdad, pues son presupuestos de los que se parte. Se suele analizar la conformidad o no de la misma con el ordenamiento y con las normas particularmente aplicables.

Sin embargo es precisamente, cuando se conculcan los citados principios, cuando estos se han poner de relieve. En particular, al estudiar el delito de prevaricación judicial y el carácter injusto de la resolución. De manera que ha de entenderse incluida en la exigencia típica de injusticia de la resolución la contravención del ordenamiento y la de los principios ya definidos de independencia e imparcialidad, que constituyen la base del ejercicio de la función jurisdiccional.

Por tanto, lo que aquí se viene a sostener es que la injusticia de la resolución deriva no exclusivamente de su inadecuación objetiva al caso a resolver sino también el contexto de su dictado. Es ese quebranto de la independencia o la imparcialidad lo que convierte una infracción del Derecho o, en definitiva, la resolución inadecuada de un caso, en típica (y antijurídica) a los efectos de la prevaricación. No se identifica, pues, injusticia con una decisión incorrecta, errónea jurídicamente hablando, o claramente contraria al tenor de la ley, ni aun con la decisión extravagante carente de justificación argumental. Ello sólo constituirá el primer elemento del concepto de la injusticia, esto es, el quebranto de la garantía objetiva de la resolución. Será injusta y en consecuencia típica aquella decisión que destruye la base esencial de la función

atribuida por la Constitución al Poder Judicial, cual es resolver con independencia e imparcialidad. Partiendo, se reitera, del presupuesto de que la resolución, aislada de este factor, se considere contradictoria con el ordenamiento.

Llegados a este punto cabe plantearse un peculiar supuesto consistente en que se quebrante la garantía subjetiva de la jurisdicción mas no la objetiva. Esto es, que el juez no sea independiente o imparcial pero ello no cristalice en una resolución inadecuada que pueda estimarse que infrinja la garantía objetiva. El supuesto es problemático porque, de reputarse injusta la resolución, pasaría por tal una decisión que, en sí, no infringe el derecho objetivo aplicable a la cuestión de fondo objeto del procedimiento, esto es, que es adecuada al caso. Y de reputarse atípica, parece cohonestar mal con el carácter que hemos atribuido al delito de infracción de deber.

La cuestión ha de resolverse desde la perspectiva del riesgo generado con la acción. Un juez parcial o no independiente, si tal circunstancia no revierte en la resolución dictada haciéndola contraria al ordenamiento e inadecuada al caso, no ha materializado en un riesgo no permitido el peligro que ya de por sí suponía resolver en tales circunstancias. En el ejemplo que tratábamos, si el juez amante del marido del investigado hubiera adoptado la libertad, por más que fuera parcial no podría ser tachado de prevaricador. Siguiendo el mismo ejemplo, si hubiera adoptado la prisión provisional atendiendo a que el investigado ya contaba con dos antecedentes penales recientes por delito idéntico al imputado en esa causa y con la finalidad, expresada, de evitar la reiteración delictiva, por más que, aun así, hubiera debido abstenerse y por más que deseara ingresar en prisión al investigado por sus estrictos motivos personales, la decisión no sería inadecuada al caso (pues dos delitos anteriores de la misma naturaleza revelan una proclividad delictiva difícilmente soslayable manteniendo en libertad al investigado). En ambas variables del ejemplo, el quebranto de la garantía subjetiva no se extendió al de la garantía objetiva, de ahí que no se creara con la acción un riesgo no permitido. Cuestión distinta sería la responsabilidad disciplinaria en que el autor hubiera incurrido por la comisión de una falta disciplinaria muy grave de no abstenerse pese a concurrir causa para ello.

Es injusta pues, aquella resolución que quebrante las garantías objetiva y subjetiva de la jurisdicción en el sentido aquí definido.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS
DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

PARTE II

**EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DOLOSO DE
PREVARICACIÓN JUDICIAL**

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPUTACIÓN SUBJETIVA DEL HECHO

1. INTRODUCCIÓN

Expone JAKOBS²⁴⁸ que el tipo objetivo es la parte externa del delito, con la que surge éste como magnitud social penalmente relevante, mas, aisladamente, el tipo objetivo no constituye injusto. Tratar de él con anterioridad al tipo subjetivo, que temporalmente se inicia antes, obedece, indica el autor citado, a un criterio meramente expositivo, pues, verdaderamente, el tipo objetivo es el objeto del tipo subjetivo. De esta manera, habría de verificarse, en primer lugar, si concurren determinados efectos externos de una acción (tipo objetivo) y luego si estos efectos externos constituyen la realización de una acción determinada por ellos (el tipo subjetivo referido al tipo objetivo).

En palabras de JAKOBS, el tipo subjetivo, que debe concurrir en el momento de emprender la acción ejecutiva, viene integrado por aquellas circunstancias que convierten la realización del tipo en acción típica: dolo e imprudencia y los elementos subjetivos del injusto, de existir para el delito de que se trate²⁴⁹.

Forman, pues, una unidad inescindible el componente objetivo y subjetivo, que confluyen en la acción típica como expresión de la integración del injusto. Y la acción es el ejercicio de actividad finalista²⁵⁰ (mas valorativamente neutral), pues sólo así puede ser objeto de valoración

²⁴⁸ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General*, cit... pág. 223.

²⁴⁹ *Ibidem* pág. 309.

²⁵⁰ En palabras de WELZEL, “la acción humana es ejercicio de actividad final” y la actividad final es una actividad dirigida conscientemente en función del fin. De ahí que la finalidad sea vidente y la causalidad ciega.

jurídica²⁵¹. Esta acción no es sólo un eslabón entre el autor y un resultado que fundamenta la antijuridicidad, sino que es “expresión de sentido”, recayendo sobre ella, en tanto que acción prohibida, el juicio de antijuridicidad y constituyendo, por tanto, injusto. Y en esta construcción, hoy dominante, el dolo, como tipo subjetivo, tiene que ser presupuesto del injusto²⁵².

El Derecho penal moderno se asienta, por tanto, sobre un sistema de imputación de subjetiva del delito en el que la relevancia penal del comportamiento humano no sólo se hace depender de la causación material de un resultado lesivo sino, también, del grado de vinculación interna del autor con el hecho que ha causado. Esta idea encuentra su expresión en el principio de la responsabilidad subjetiva, que comprende dos postulados fundamentales que integran su contenido: el principio de dolo o imprudencia como presupuesto y fundamento de la pena y la exigencia de proporcionalidad entre la gravedad de la pena y el grado de desvalor subjetivo del hecho²⁵³.

Las formas de imputación subjetiva de la conducta son, por tanto, dolo e impudencia.

2. EL DOLO COMO FORMA DE ATRIBUCIÓN SUBJETIVA DEL HECHO

Se puede decir que los elementos de discusión en torno a los que han girado siempre las polémicas y divergencias doctrinales respecto de esta forma de imputación subjetiva son el fundamento del dolo, su ubicación sistemática en la estructura del delito, el concepto y contenido del mismo, que incluye sus formas de aparición y como no, su acreditación y prueba.

2.1. Fundamento y ubicación

Cuando se alude al fundamento del dolo quiere establecerse con su estudio qué justifica

Cfr. WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. CEREZO MIR, J., B de F, Buenos Aires, 2011, pág 41.

²⁵¹ CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II (Teoría jurídica del delito)*, Tecnos Madrid 2ª ed. 1998 (6ª reimpresión, 2004), pág. 47 a 50. Reseña JAKOBS que es mérito de la doctrina final de la acción haber superado en el concepto de acción y con ello en el injusto la separación de los lados objetivo y subjetivo del delito, pasando el injusto de naturalístico a personal. Y ello porque el hombre, sobre la base de sus conocimientos causales, puede prever hasta cierto punto las consecuencias de su actuación, señalarse diversos fines y dirigir su actividad conforme al plan para la consecución de tales fines. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General, cit...* pág 163.

²⁵² JAKOBS es de la opinión que no debe entenderse por expresión de sentido la toma de posición individual ante la norma, pues la finalidad existe con independencia de la regulación normativa del ámbito de objetos configurados finalmente. En la esfera de las infracciones contra lo establecido normativamente, la acción final es una propiedad del comportamiento antijurídico, sea culpable o no. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General, cit...* pág. 164.

²⁵³ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant Monografías, Valencia, 2007, pág. 33 y 34.

su significación última. Y su significación última no es otra que ser el más grave criterio de imputación subjetiva del hecho que recoge el CP (pues siempre la pena prevista en caso de concurrencia del mismo es superior a la señalada para la imprudencia). Dicho en otras palabras, se pretende establecer por qué se asigna mayor pena a los hechos cometidos dolosamente que a los atribuidos a título de imprudencia²⁵⁴. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN²⁵⁵ estima que no se ha conseguido establecer de forma unánime cuál es esa única propiedad definitoria de lo doloso que diferencia y delimita el hecho doloso respecto del imprudente²⁵⁶.

En cuanto a su ubicación sistemática, para la concepción neoclásica del delito, patrocinada por MEZGUER²⁵⁷ los elementos internos que permitían imputar el hecho al autor haciéndolo personalmente responsable por la producción del resultado se situaban en la culpabilidad, ubicando en ella el dolo y la culpa, cuyo contenido y elementos habrían de responder a la idea que presidía el juicio de culpabilidad, que era el juicio de reproche al autor que justificaban la aplicación de la pena, cuyos fines habría que determinarse a tal efecto. Tras el descubrimiento de los elementos subjetivos de lo injusto y para solucionar los problemas, que quebrantan la objetividad pura del tipo objetivo propia del causalismo²⁵⁸, el finalismo entenderá que la dirección de la voluntad, que es la relación psicológica que une al sujeto con el efecto de la acción,

²⁵⁴ Afirma HASSEMER que quien no pueda contestar a la pregunta sobre que por qué razón se castiga de un modo más grave el comportamiento doloso que el imprudente “no podrá fundamentar los límites del dolo en criterios normativos aceptables”; HASSEMER, W. “Los elementos característicos del dolo” (trad. esp. DÍAZ PITA, M.M.) *ADPCP*, 1990, pág. 915.

²⁵⁵ En su opinión el elemento que determina la mayor gravedad de la conducta dolosa es la peligrosidad objetiva de la misma, el grado de riesgo que crea para el bien jurídico y la condición que lo hace posible es el conocimiento de la direccionalidad objetiva del comportamiento a esa lesión; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M *op. cit.* pág. 76 y 77.

²⁵⁶ A título meramente enunciativo pueden citarse como líneas de principio: mayor peligrosidad objetiva de la misma, el grado de riesgo que crea para el bien jurídico y la condición que lo hace posible es el conocimiento de la direccionalidad objetiva del comportamiento a esa lesión; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *op. cit.*, pág. 78 a 80. En su exhaustivo estudio de la cuestión referencia las diversas corrientes doctrinales existentes: culpabilidad del autor en atención a su actitud interna especialmente reprochable, propia de posiciones causalistas (cfr. MEZGUER, E., *Tratado de Derecho penal, Tomo II*, Madrid 1935 pág. 7 y 8.); mayor riesgo para los bienes jurídicos por la concurrencia del elemento intencional, lo que determina una mayor peligrosidad ex ante del hecho (cfr. MIR PUIG, S. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed. JM Bosch editor, Barcelona 1982, pág. 74 y ss.); Necesidad de una mayor motivación en el delito doloso que en el imprudente (GIMBERNAT ORDEIG E., “¿Tiene un futuro la dogmática penal?, en *Estudios de Derecho penal* 3ª ed. Madrid 1990, pág. 152 a 157); Grado de peligro advertido por el autor (MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 709 y ss.); La decisión contra el bien jurídico (HASSEMER sitúa el origen de esta idea en ENGISCH al referirse a la distinta actitud hacia el mundo de los bienes jurídicos como criterio distintivo entre la reprobabilidad de la lesión dolosa y la imprudente, si bien su uso se ha difundido con la obra de ROXIN. Cfr. HASSEMER, W., *op. cit.*, pág. 915 y ROXIN C. *Derecho Penal parte general I*, cit. pág. 217 y ss. y 427); La negación de la vigencia de la norma (Cfr. JAKOBS, G. *Derecho Penal. Parte General*, cit... pág. 312 y 313). Esta fundamentación funcionalista es acogida en la doctrina española por RAGUÉS I VALLÈS, R. en su obra *El dolo y su prueba en el proceso penal*, JM Bosch editor., Barcelona 1999, pág. 43.

²⁵⁷ Vgr., MEZGUER, E., *Tratado de Derecho penal*, cit. pág. 73 y ss.

²⁵⁸ LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 78 a 82.

necesariamente pasa a formar parte de la antijuridicidad por lo que dolo y culpa pierden su tradicional situación en la culpabilidad y pasan a integrarse en lo ilícito²⁵⁹.

2.2. Concepto de dolo

El CP no contiene una definición legal, positiva o negativa, del dolo. La única aproximación es el art. 14, que establece las reglas de uso de esta categoría al plantear los límites entre dolo e imprudencia como un problema de conocimiento o error²⁶⁰. Sin embargo, tradicionalmente se ha venido concibiendo el dolo como integrado por dos elementos, el denominado intelectual (conocer) y el volitivo (querer), de manera que se definiría como conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo²⁶¹. El elemento volitivo del dolo no debe confundirse con la voluntariedad de la acción que debe concurrir en todo caso para que pueda apreciarse una infracción penal. Esto es, la voluntad como elemento del dolo toma como punto de referencia los elementos que integran el tipo penal.

Este elemento volitivo del dolo no vendría exigido por el texto de la ley pero se suele justificar a través de la etimología del término dolo. En la lengua española este argumento no sería válido al identificarse como engaño, fraude o simulación²⁶². Sin embargo, la justificación de la adición de este elemento volitivo serviría, para algunos autores, para separar las realizaciones típicas dolosas de las imprudentes y para explicar el diferente tratamiento que, desde el prisma de las consecuencias jurídicas, se dispensa a cada una de ellas²⁶³. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN considera que resulta discutible, con base en el art. 14 CP, mantener la necesidad de un elemento de carácter volitivo en el dolo eventual delimitador de la imprudencia. Supondría discurrir en paralelo al texto de la ley exigiendo un requisito que la ley no exige y estableciendo

²⁵⁹ Sin embargo, la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto, recalca CEREZO MIR, no cabe deducirla de dichas consideraciones ontológicas ligadas a la estructura finalista de la acción humana, pues la misma podría ser compatible con una concepción despersonalizada de lo injusto, sino, precisamente, de la existencia de los elementos subjetivos de lo injusto, pues sería contradictorio incluir en lo injusto, por ejemplo, el ánimo de lucro, como elemento subjetivo del mismo y no el dolo. A ello habría de añadirse como otra razón la punición de la tentativa, que en sí es un elemento subjetivo de lo injusto, pues de lo contrario no se podría discernir si una acción tiene o no carácter delictivo. En último término, es consecuencia obligada de la consideración de la antijuridicidad como infracción de normas de determinación (sean mandatos o prohibiciones), de manera que, dado lo limitado del saber causal, el Derecho no puede prohibir la simple causación de resultados, sino la realización de acciones dirigidas por la voluntad a lesionar o poner en peligro un bien jurídico. CEREZO MIR, J. *op. cit.* pág. 128.

²⁶⁰ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *op. cit.* pág. 336.

²⁶¹ Cfr. CEREZO MIR, J., *op. cit.* pág. 131.

²⁶² RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.* pág. 30. En tal sentido, alude a que GIMBERNAT descarta que exista base legal para entenderlo así, en todo caso, señala este último autor, equiparar voluntad a dolo lo sería en sentido lato, elaborado dogmáticamente. Cfr. GIMBERNAT, E. *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, pág. 257 y 258.

²⁶³ Expuesto por RAGUÉS I VALLÈS, R. *op. cit.* pág. 31. En nuestra doctrina, cfr., DÍAZ PITA, M.M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 310.

una causa de exclusión de la responsabilidad dolosa no prevista en aquella²⁶⁴.

Desde un punto de vista estrictamente doctrinal, si bien existen tres teorías tradicionales acerca del concepto de dolo, como son las de la voluntad, la representación y el consentimiento, opina RAGUÉS que, desde que en 1955 el BGH dictara la sentencia del caso “*Lederrimmenfall*”²⁶⁵ las distintas perspectivas doctrinales se fueron agrupando en torno a unos puntos en común, surgiendo a partir de entonces lo que este autor denomina como “consenso divergente” pues entiende que entre todas estas teorías existe un acuerdo práctico sobre el fondo de la cuestión del dolo y sus discrepancias sólo afectan a la terminología empleada.

Dentro del consenso divergente existe acuerdo, según RAGUÉS, sobre dos cuestiones: el dolo tiene como presupuesto la concurrencia determinados fenómenos de naturaleza psicológica (la subjetividad del autor) consistentes en que el sujeto se represente un determinado grado de riesgo de realización de un tipo penal, lo que se conoce como elemento intelectual o cognitivo. La imprudencia concurrirá en los casos en que el sujeto no aprecia peligro alguno, sólo aprecia un nivel irrelevante de riesgo o no proyecta a su comportamiento específico la representación de unos riesgos que se conocen en abstracto.

A la exigencia de un factor intelectual-cognitivo algunos autores añaden un elemento emocional-volitivo. Descarta RAGUÉS el elemento emocional volitivo que en el ámbito del dolo eventual añaden algunos autores bajo distintas formas (necesidad de conformidad, aceptación, designación o aprobación en sentido jurídico; confianza del sujeto en que el tipo no va a realizarse (distinguiéndola de las meras esperanzas); voluntad de evitación de la realización del tipo), pues carece de sustantividad propia como en las antiguas teorías del conocimiento y su única justificación, entiende que es aferrarse a la idea de dolo como conocimiento y voluntad, pues son reconducibles al grado de representación del riesgo que tiene sujeto.

Sería también un elemento común la relevancia que debe atribuirse a la confianza del sujeto en que su actuación no va a realizar un determinado tipo penal, pese a existir en el plano objetivo un riesgo de tal realización. Todo ello es reconducible a que la auténtica confianza excluye el dolo. Cuando la confianza es irracional existe división de opiniones entre quienes le dan relevancia y los que no, lo que también sería extensible al concepto intelectual del dolo.

En todo caso, la exigencia o no del elemento volitivo se enmarcaría en una discusión más

²⁶⁴ RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.* pág. 311 y 312.

²⁶⁵ Caso de la correa de cuero. Se viene a decir en dicha sentencia que puede darse dolo eventual incluso cuando el acaecimiento del resultado sea algo que resulte indeseable para dicho autor. Sin embargo, éste aprueba el resultado en sentido jurídico cuando, de acuerdo con el objetivo que ambiciona, necesariamente, esto es, por no poder alcanzar dicho objetivo de otra manera, se conforma con que su acción cause el resultado en sí mismo no deseado y, por todo ello, para el caso concreto, lo quiere.

amplia, cual es la de la normativización del tipo subjetivo en sí. Incide sobre ello GIL GIL²⁶⁶, muy crítica con el apartamiento de una concepción psicológica del dolo, señalado que el tratamiento del tipo subjetivo registra en la actualidad diversos intentos de normativización o de objetivación, en los que el primer paso es la eliminación de elementos volitivos, pasando luego a una imputación del dolo a partir de la constatación del conocimiento de determinados datos objetivos²⁶⁷, para terminar por desaparecer totalmente en algunas posturas actuales, diluidos en procesos de objetivación y normativización que imputan incluso los elementos cognitivos a partir de determinados datos de la realidad. Entiende la citada autora que el hecho de prescindir de elementos volitivos en el dolo supone una primera normativización, aunque muy limitada, puesto que el elemento intelectual sigue considerándose un verdadero elemento subjetivo. Sin embargo, afirma, desde las posturas meramente cognitivas del dolo a una normativización absoluta del mismo hay sólo un pequeño paso.

A los efectos de este trabajo y con el limitado alcance que puede tener, dado lo sintético del estudio y tratamiento de la cuestión en su seno, estimo que la interpretación más acorde con los datos que se desprenden del CP, sobre todo en la descripción del error, es considerar que el elemento insoslayable para hablar de dolo es el cognitivo. Pero, a la vez que insoslayable, es determinante, pues de concurrir ese conocimiento la conducta podrá atribuirse a título de dolo. El querer del sujeto, de poder ser aprehendido (lo que es otra cuestión) por más que pueda coadyuvar a afirmar que hubo conocimiento, no parece que se tenga en cuenta por el legislador al construir esta forma de atribución subjetiva.

Tampoco estimo que sea indispensable acudir al elemento volitivo como criterio para discernir entre dolo directo y dolo eventual. De un lado porque el CP no se ocupa de hacer la distinción entre ambas especies de dolo. Y de otro, porque, aun en caso de admitirse la clasificación, podría solventarse la diferencia por la vía del grado de conocimiento. Incluso en casos problemáticos, como el tirador inexperto que dispara a gran distancia del objetivo²⁶⁸, no entiendo que sea necesario acudir a la intención del sujeto para afirmar el dolo, pues el conocimiento del control de la fuente de riesgo y de que su disparo supone ya una injerencia potencialmente lesiva en la integridad ajena, podría ser suficiente a los efectos de imputar dolosamente el

²⁶⁶ GIL GIL, A., “Lo subjetivo en la fundamentación y exclusión de lo injusto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología UNED*, n.º 15 (2005), pág. 95 a 153.

²⁶⁷ Caracterizando al dolo por la representación de un determinado grado o clase de peligro; y avanzando en la normativización se llega a prescindir de la valoración individual del peligro, subsistiendo como único dato subjetivo la representación de un peligro que se caracterizará como apropiado para fundamentar el dolo de manera meramente objetiva; GIL GIL, A., *op. cit.* pág. 97.

²⁶⁸ Una persona (A), inexperta en el manejo de armas, dispara con intención de matar contra un hombre (B) que se encuentra a una distancia tal que incluso a un tirador experto le hubiera resultado extraordinariamente difícil dar en el blanco. A pesar de estas circunstancias, el proyectil alcanza a B, que muere a consecuencia del impacto. He traído a colación la exposición del ejemplo en MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 108.

hecho²⁶⁹. En todo caso, la cuestión del dolo eventual es otro de los puntos problemáticos a que aludíamos en relación con el dolo, de lo que se trata al hablar de sus clases, especies o formas de aparición.

2.3. Clases de dolo

La extracción del elemento volitivo del concepto de dolo incide en la siguiente cuestión que se suele tratar en relación con esta figura, como es lo que se denomina la tripartición del dolo en tres especies o formas de aparición: directo o de primer grado, directo de segundo grado y eventual. Esta clasificación es algo que, señala RAGUÉS²⁷⁰, pocos autores parecen dispuestos a poner en tela de juicio. Sin embargo, explica este autor, esta tripartición es obra únicamente de la elaboración doctrinal y carece de fundamento legal explícito. De ahí que, sostiene, sería legítimo entrar a cuestionar de *lege data* tal clasificación tripartita, atendiendo a todas las variaciones posibles entre los grados e intensidades imaginables de conocimiento y voluntad. Y ello porque, al no distinguir el Código entre formas de dolo ni asignar consecuencias jurídicas distintas a cada modalidad, carecería de sentido la distinción.

2.4. Determinación y prueba del dolo

En la acreditación, determinación o prueba del dolo se distinguen dos concepciones: la psicológica y la normativa²⁷¹.

La concepción psicológica parte de que la imputación subjetiva a título dolo depende de que pueda acreditarse de modo fehaciente que se ha realizado una conducta objetivamente típica contando con determinados conocimientos (y según algunos autores, como se ha reseñado, intención). Ello presupone la concepción de la existencia de un fenómeno de naturaleza psicológica averiguable a posteriori. La tarea del juez consiste en la reconstrucción de tales fenómenos como realidad pretérita.

A priori sería una concepción plenamente legítima. Tanto desde la perspectiva de la

²⁶⁹ En sentido contrario, por citar un ejemplo, ALCÁCER GUIRAO, desde los postulados de la imputación objetiva, indica, negando incluso la imputación objetiva del hecho, que “da la impresión de que la responsabilidad atribuida al sujeto que dispara en el caso *Thyren* responde a una extraña mezcla de ciertos resabios finalistas y causalistas. La interpretación de los tipos penales, de acuerdo con los principios y fines básicos del Derecho Penal, implica una reducción teleológico-racional del tipo objetivo (*para añadir que*) “La conclusión ha de ser, en to que respecta al ejemplo utilizado, que no ha existido la creación de un riesgo típicamente relevante, por no ser objetivamente previsible el resultado, requisito que ha de concurrir de igual forma y en idéntico grado en los delitos dolosos y en los delitos imprudentes.”; ALCÁCER GUIRAO, R., “El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa”, *ADPCP*, VOL. XLIX, 1996, pág. 490 a 492.

²⁷⁰ RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.* pág. 51 y 52 y 177. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, E., *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994, pág. 85 y 231.

²⁷¹ Expuestas por RAGUÉS, *op. cit.*, pág. 203 a 212.

justicia, como desde postulados preventivo-especiales y por el efecto tranquilizador de que no va a castigarse a nadie que en el momento de los hechos no había realmente actuado con la conciencia de realizar el tipo penal. Sin perjuicio de lo anterior, la gran dificultad que presenta esta concepción es contestar a la pregunta consistente en a través de qué medios probatorios pueda determinarse lo que ocurre en la psique del sujeto.

Bajo la concepción normativa, en la determinación del dolo, se atribuye o imputa un determinado conocimiento (o voluntad) a un sujeto, empleándose criterios distintos a la verificación empírica de fenómenos de naturaleza psicológica. Esto es, las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo. Inversamente a la concepción psicológica, esta propuesta no presenta, a priori, grandes dificultades en cuanto a lo factible de su ejecución práctica, sino, por el contrario, problemas de legitimidad, pues su principal escollo es que a través de ellas puede llegarse a lo que se denomina verdad procesal distinta de la verdad material o del mundo real.

RAGUÉS I VALLÈS propone una nueva perspectiva: el sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo²⁷².

Desde esta perspectiva, que puede encuadrarse en las posiciones normativas, la consideración de una conducta como dolosa depende de que, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal. Considera que el sentido social no es sino lo que impera en las teorías sobre la imputación objetiva.

No estimo que, en orden a la determinación del dolo, haya de descartarse ninguna de estas dos concepciones, la psicológica y la normativa. Ambas persiguen un mismo objetivo, determinar si el sujeto conoció (y eventualmente, quiso). En orden a la consecución de este objetivo, pueden ser ambas plausibles en función de lo que se someta a enjuiciamiento en cada caso concreto y la parte de realidad social que constituya el contexto de desenvolvimiento de la acción típica. No convendría, por tanto, clasificar ambos criterios de determinación como compartimentos estanco.

Así, por ejemplo, pueden darse casos en que la indagación psicológica sea abiertamente factible por la existencia, por ejemplo, de un testigo directo ante el que el autor reconoció ser consciente de que la cuenta contra la que libraba un cheque pagadero el día siguiente carecía de fondos y no iba a recibir provisión alguna. O bien porque, aun careciéndose de tal prueba directa, se acreditara documentalmente que el mismo día en que libró el cheque había realizado una extracción de dinero que dejaba la cuenta sin fondos. De este hecho base cabe deducir, por vía indiciaria, que al librar el cheque era conocedor de la carencia de fondos. Mas también

²⁷² RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.* pág. 347 y ss.

podría darse la circunstancia de que los únicos datos con los que se contara en el procedimiento fueran que la cuenta contra la que se libró el cheque carecía de fondos y que desde su apertura no tuvo de movimientos. Sin precisarse mayor prueba, cabe entender, por la forma de desenvolverse el funcionamiento de los depósitos bancarios, que el titular no podía sino saber, al librar el cheque, que la cuenta carecía de fondos, pues no puede afirmarse lo contrario de quien no tiene domiciliado pagos en una cuenta bancaria, ni suele recibir transferencia alguna en ella, como tampoco la utiliza para realizar extracciones de dinero (lo que es lógico al no nutrirla del mismo).

No creo que de las tres formas de imputación posible del dolo que se han expuesto fuera alguna menos legítima, siendo la última claramente de carácter normativo y la segunda intermedia, pues no deja de basarse en la utilización de un medio probatorio, si bien indirecto y precisado de un juicio de inferencia. Lo verdaderamente trascendente es que todos los medios de determinación utilizados tenían una singular potencia acreditativa. Es ahí donde radica, en mi opinión, la legitimidad.

Voy a intentar justificar esta última afirmación. Alteremos parcialmente la determinación del conocimiento por vía directa. Así, nuestro testigo a quien el acusado reconoció la carencia de fondos de la cuenta era acreedor del mismo por numerosas deudas impagadas, motivo por el cual mantenía con el mismo cierta enemistad, que afloró durante su interrogatorio, en el curso del cual, además, afirmó “no me hacía falta que me lo reconociera para saber que era consciente de la carencia de fondos de la cuenta, pues es un estafador”. Aun con estas circunstancias, el tribunal da credibilidad a las afirmaciones del testigo, pese a las quejas de letrado de la defensa en su informe acerca de la parcialidad del mismo por su animadversión hacia el acusado y solicitar licencia para proceder contra él por delito de injurias. Que el tribunal está legitimado para atender al medio de prueba aludido y utilizarlo como prueba de cargo para dar por acreditado el conocimiento del hecho cuestionado es indudable; mas también lo es que frente a un testigo en el que no concurrieran las circunstancias expuestas, la conclusión probatoria del tribunal puede ser más discutible. Y es que podría dudarse si es que el acusado llegó a manifestarle realmente que conocía la carencia de fondos de la cuenta o era una mera suposición del testigo por su experiencia previa con aquel. ¿Sería preferible este medio acreditativo del dolo al criterio normativo que hemos utilizado? A mi juicio no; de hecho, me parece más fiable el segundo en el contexto descrito.

Estimo, por tanto, como ya he señalado, que más que un problema de legitimidad del criterio de determinación utilizado, se trataría de una cuestión de potencial acreditativo del instrumento a través del cual se materializa aquel.

CAPÍTULO II

LA ATRIBUCIÓN SUBJETIVA DEL HECHO EN EL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL DOLOSA

1. DE LA TEORÍA GENERAL AL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Que todo injusto doloso, desde el punto de vista de su estructura analítica, se integra por una parte objetiva y otra subjetiva, como se ha expuesto, es algo incontrovertido en la dogmática penal, en la legislación positiva y en la práctica judicial. En el denominado “tipo subjetivo” del delito doloso se residencian todos aquellos elementos que guardan relación con lo que pudiera decirse “psique del sujeto” y que muestran la relación de éste con el hecho aprehensible en el mundo exterior. Toda conducta, activa u omisiva, nace, se desarrolla y eventualmente cesa, primeramente, en la interioridad psicológica del autor por lo que, más allá de convenciones expositivas y desde un punto de vista meramente temporal y causal, podría decirse que lo subjetivo precede a lo objetivo. Así, es preciso que surja en un sujeto el ánimo de enriquecerse y que decida hacerlo a costa del patrimonio ajeno, sin exponerse a realizar un acto puramente depredatorio, sino poniendo en práctica un ardid, para que en el mundo exterior se materialicen los actos necesarios a tal fin y se consume una estafa. O es preciso, para plantearse la comisión de un delito de omisión del deber de socorro, que en quien caminando por una calle desierta y viendo a un obrero caído de un andamio y malherido no surja el natural instinto de prestar socorro para evitar un fatal desenlace. En puridad, sería intercambiable el momento de determinar, a la hora de analizar la progresión delictiva, qué ocurrió en la mente del sujeto y qué se manifestó en el exterior.

La evolución de la teoría jurídica del delito, sin embargo, ha predeterminado un orden, común a todos los tipos, de análisis secuenciado, que parte del reflejo en el mundo exterior de la conducta para luego penetrar a través de ello en lo que pensó, entendió y quiso el autor. Las razones para proceder así son variadas. La primera podría ser que sólo perturba el orden jurídico y social aquello que en algún modo se manifiesta hacia el exterior, en cuanto que sólo ello podrá

alterar la configuración del mismo de modo inasumible por el ordenamiento jurídico. Instintos asesinos, oscuras obsesiones sexuales, deseo del bien ajeno, en cuanto que no tenga proyección hacia el exterior, no quebrantan, sobre todo por no ser aprehensibles, el orden jurídico. La segunda razón que podría citarse es lo insondable del pensamiento humano, al menos por el momento. De manera que, aun cuando el mero pensamiento supusiera perturbación, ¿cómo podría apreciarse si se encontrara ayuno de manifestación externa?

Por tanto, sólo una alteración de la realidad previamente configurada, o la falta de configuración de la misma en el modo debido por quien viene obligado a ello, puede dar lugar a indagar la relevancia de lo que, por así decirlo, pasó por la mente del sujeto. Sólo en esa medida y a los efectos de imputar subjetivamente el hecho interesa tal investigación.

Y dado que la indagación parte de la manifestación exterior de lo interno, se justificaría partir del hecho en su dimensión externa para luego pasar a lo que es causa de dicho acontecer. Esta circunstancia conduce, sin embargo, a lo que podría considerarse desnaturalización de la importancia de lo subjetivo en la configuración del delito pues, por más que se realice un esfuerzo intelectual de abstracción, no puede obviarse que lo subjetivo se aprehende a través de aquello en lo que se haya manifestado. Siendo así, ¿no conduce necesariamente el hecho a su causa intrínseca? Estos es, ¿qué margen hay para negar lo subjetivo, dando por sentado lo objetivo y su posible imputación -objetiva- al autor? Y es que, dada la imputación (objetiva) del hecho, ¿qué espacio queda, desde un punto de vista cualitativo, para lo subjetivo si se da o puede dar por hecho que lo primero existe como consecuencia de lo segundo? Así por ejemplo, si se prueba que A, sin provocación previa, clavó un puñal a B en el corazón y que éste murió en el acto, acreditado tal hecho, ¿qué resta por indagar para afirmar el dolo? A salvo que concurriera alguna circunstancia de inimputabilidad o de nula inteligencia que condujera a negar la capacidad de acción, el razonamiento usual sería inferir que el sujeto conocía ser portador del puñal y que el hecho de clavarlo en un órgano vital era acción apta para matar. ¿Tiene mucho sentido o cuanto menos, utilidad, plantearse qué pasó por la mente del autor, qué grado de peligro advirtió, si se planteó otra alternativa o si quería realmente ese resultado? Prescindiendo de la trascendencia que ciertas circunstancias pudieran tener a los efectos de la determinación de la culpabilidad, parece que no. Por el contrario, la cuestión se resume en considerar que quien realiza tal acción sabe que mata.

Descendamos al delito que aquí nos ocupa. Cuando el juez que dicta una resolución que se califica de injusta, ¿cómo se imputa subjetivamente el hecho? Se trata de determinar, en definitiva, cuándo el dictado de una resolución injusta constituye una acción típica, por comprender la conducta del juez los elementos objetivo y subjetivo del tipo.

Cabe, de nuevo, atender a las posiciones doctrinales y a la aplicación jurisprudencial.

2. OPINIONES DOCTRINALES SOBRE EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

2.1. En general, sobre el tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial

Los autores que estudian o se pronuncian sobre el tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial dolosa consideran que existen varios puntos problemáticos que, sin ser los únicos, delimitan los términos de la discusión. Las cuestiones problemáticas derivarían, expresándolo de modo simplificado, bien de la propia descripción de la conducta típica, aludiendo con ello a la introducción de la locución adverbial “a sabiendas”, bien de la particular naturaleza de la función judicial, que obliga al juez, inexcusablemente, a resolver con independencia el asunto a él sometido. Y estas dos cuestiones se entrelazan, como no podría ser de otra manera, con las bondades o taras que cada autor advierte, a su vez, en las construcciones propias o ajenas de la parte objetiva del tipo al definir el contenido de lo que haya de entenderse por resolución injusta.

Sobre la base descrita, el estudio se centra en concretar qué clase de dolo es susceptible de fundar la imputación subjetiva de la conducta y en particular, si existe alguna limitación para la admisión del dolo eventual, así como cuáles serían los elementos constitutivos del dolo. Respecto de esto último, se discute, igualmente, si el dolo, en este delito, ha de incluir sólo el elemento cognitivo o también el volitivo e incluso los motivos o móviles (sin efectuarse grandes discernimientos entre uno y otro concepto). Como telón de fondo se sitúa, como decía, la construcción que se postule acerca de la injusticia de manera que, si la misma es laxa, se intentará corregir restringiendo la extensión de la parte subjetiva del tipo y si no lo es tanto existe, por así decirlo, una mayor relajación a la hora de admitir formas de dolo no directo. Añadiéndose a todo esto que siempre flota en el ambiente la conciencia de la necesidad de respetar el necesario ámbito de libertad que ha de reconocerse al juez, constitucionalmente diseñado, mas también, el insoslayable deber de imponer límites a tal libertad para hacer factibles tanto su estricto sometimiento “al imperio de la ley” como su responsabilidad.

Fácil es advertir que no faltan ingredientes para que la definición de este elemento del delito presente notables dificultades pues se aúnan algunas de las cuestiones más discutidas en la dogmática penal con las inherentes a este delito que tratamos y que ya se advirtieron al ocuparnos del tipo objetivo.

Como punto de partida de la exposición cabe fijar los límites desde el punto de vista de la regulación que no es dada, el CP. En aplicación del art. 5 en relación con el art. 10 (prescindamos, por el momento, del art. 12), el delito del art. 446 ha de cometerse dolosamente. El juez, por tanto, ha de dictar la resolución injusta “con dolo”. Más allá de esta exigencia, que deriva

de la Parte general del CP, se añade, en la descripción típica de la conducta, la locución adverbial “a sabiendas”. Desde una postura meramente aditiva cabría decir que el juez ha de dictar la resolución injusta dolosamente y a sabiendas, debiendo atribuir el contenido que se estimara adecuado a cada concepto e integrarlos a efectos de este delito. Sin embargo, esta visión no sería neutral, pues supondría tomar partido por la autonomía conceptual de la expresión particular. El análisis se realiza de otro modo que puede sintetizarse en la pregunta ¿añade algo la locución adverbial “a sabiendas”?

2.2. Alcance de la expresión “a sabiendas”

Hay diversas posibilidades. Integrémoslas *ab initio*, en dos grupos, cuales son, de un lado no dar relevancia alguna y estimarla inocua y de otro, darle trascendencia.

Privar de relevancia a la expresión supone estimar que no añade nada al principio de imputación subjetiva que se construye en la Parte general del actual CP, que parte, como regla general, de la necesaria atribución a título de dolo de la conducta para que pueda integrar el tipo y exige en el art. 12 la expresa tipificación de la imprudencia. Desde este punto de vista, el empleo de la locución “a sabiendas” puede considerarse un mero residuo histórico²⁷³ y se traduce en afirmar que nada añade al dolo.

En un segundo grupo se integrarían las posiciones que permiten otorgar a la expresión alguna virtualidad. Aquí las posibilidades son más amplias, yendo desde identificarla con el dolo directo inclusivo de elemento volitivo o aun sin él, a admitir el dolo eventual, mas con un alto grado de probabilidad, hasta entender que excluiría la denominada culpa consciente o que se constituye en un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo.

Obviamente aquí las combinaciones son más amplias, dependiendo del concepto de

²⁷³ Históricamente, desde luego, la expresión sí tenía su funcionalidad. Hasta 1983, porque permitía destruir la presunción de voluntariedad presente en los CP anteriores a la reforma operada en dicho año mediante la LO 8/83 de 25 de junio en el art. 1 del Texto Refundido de 1973 y aun desde dicha fecha hasta la promulgación del CP 1995, porque permitía excluir la forma de comisión imprudente, dado el *numerus apertus* que respecto de la misma se desprendía del art. 1 CP. Esta circunstancia es puesta de relieve por GARCÍA ARÁN M., *La prevaricación judicial*, *cit.* pág. 124. Como también por RAMOS TAPIA, quien indica que, si bien en algunos casos puede cumplir la función dogmática de excluir el dolo eventual, en otros puede ser un mero recurso estilístico con el que referirse a la existencia de dolo, lo que acontecería con la prevaricación judicial, más allá de su influencia en la determinación de la clase de dolo admitida; RAMOS TAPIA, M. I., *EL delito de prevaricación judicial*, *cit.* pág. 388, 389 y 392. De la misma opinión es SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN, en lo relativo a la virtualidad de la expresión “a sabiendas” en la exclusión de la imprudencia, lo que se vería abonado, añade la citada autora, porque existen numerosos tipos de la parte especial que, aun incluyendo la expresión “a sabiendas” tipifican la forma de comisión culposa, con la sola excepción del art. 331 CP en relación con los art. 325 y ss. y dentro de éstos, con el art. 329; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *op. cit.* pág. 352 y 353.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

dolo que se maneje²⁷⁴ o incluso influyendo la expresión en la opción que se acoge. La posición mayoritaria puede decirse que es la de los que entienden que la inclusión en el tipo de la expresión “a sabiendas” excluye la posibilidad de comisión por medio del denominado dolo eventual²⁷⁵, restringiéndose al dolo directo, ha de entenderse, de primer o segundo grado²⁷⁶. Cuestión distinta es si, dentro de esta postura, se da primacía al elemento cognitivo del dolo o si se amplía la exigencia al elemento volitivo. Depende de cada autor, si bien se puede advertir que aquellos que exigen o, al menos se refieren, al elemento volitivo lo hacen, a mi forma de ver, como inercia derivada de la incontestable concurrencia del conocimiento de los elementos del tipo, viniendo a identificar conocimiento con intención²⁷⁷. Se puede decir, por tanto, que

²⁷⁴ RAGUÉS I VALLÈS indica que en pocos ámbitos de discusión sobre los diversos elementos de la estructura del delito puede hallarse un número tan elevado de opiniones aparentemente discrepantes, “no siendo exagerado afirmar”, señala gráficamente dicho autor, que, “con afinidades mayores o menores, sobre este concreto elemento de la infracción penal prácticamente cada autor parece sustentar un modelo teórico distinto, de manera que el debate da cierta sensación de estar dando vueltas sobre sí mismo”, RAGUÉS I VALLÈS R., *op. cit.*, pág. 25.

²⁷⁵ En esta postura cabe ubicar a GARCÍA ARÁN, cuando afirma que “la admisión del dolo eventual en la prevaricación supone un pez que se muerde la cola pues la especificidad de la materia obliga a reducir el dolo eventual a los casos de injusticia evidente que el juez o bien la conoce y actúa con dolo directo o no la conoce y actúa con imprudencia o ignorancia inexcusable. La razón sería que en este delito lo que se conoce como dolo eventual o se encuentra dentro de los márgenes de lo permitido o es un caso de imprudencia”; GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit. pág. 124) GIMBERNAT también parece tomar posición en favor de la exigencia de dolo directo. Cfr. a tal efecto, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Resoluciones equivocadas y resoluciones prevaricadoras*, El Mundo, 22 de enero de 2002. Y en la misma línea MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios, a propósito de la STS sobre el caso Barreiro” en *ADPCP*, 1991, Tomo XLIV, pág. 386; CUELLO CONTRERAS, J., “Jurisprudencia y prevaricación...” cit. pág. 1049 y 1050; REIGOSA GONZÁLEZ, J.L. “La prevaricación judicial” en *Delitos de funcionarios públicos*, ORTS BERENGUER, E., (dir.). CGPJ, Madrid, 1994, pág. 84 y 85; MONTERDE FERRER, F., en *Comentarios al Código Penal*, CONDE PUMPIDO, C., Bosch, Madrid 2007, pág. 3218; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN, también se inscribe en esta corriente, pues excluye tanto los supuestos de dolo eventual concebidos bajo la teoría de la voluntad como los definidos desde las teorías cognitivas que no suponen seguridad o práctica seguridad de la injusticia de la resolución. Considera que la resolución prevaricadora ha de ser aquella cuya ilegalidad resulte objetivamente indudable; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *op. cit.* pág. 382 a 386; LUZÓN parece decantarse por restringir la imputación al dolo directo, prescindiendo, en todo caso, de los móviles: LUZÓN CUESTA, F., *op. cit.* pág. 392. HAVA GARCÍA habla de que el autor tenga “plena conciencia” del carácter injusto de la resolución; HAVA GARCÍA, E., en *Tratado de Derecho Penal* cit. pág. 838; también SUÁREZ MIRA, C. *op. cit.* pág. 363; MORILLAS CUEVAS admite la exclusión del dolo eventual, si bien añade que es algo incongruente considerar que se tipifica la imprudencia y no el dolo eventual; MORILLAS CUEVAS, L., *op. cit.* pág. 1293 y 1294.

²⁷⁶ No obstante, aludiendo de nuevo a RAGUÉS, indica este autor, que representa una postura minoritaria sobre este particular, que esta tripartición que “pocos autores están dispuestos a poner en tela de juicio” es obra únicamente de la elaboración doctrinal y carece de fundamento legal explícito. De ahí que, sostiene, “sería legítimo entrar a cuestionar *de lege data* tal clasificación tripartita, atendiendo a todas las variaciones posibles entre los grados e intensidades imaginables de conocimiento y voluntad” (RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.* pág. 51 y 52 y 177); cfr. BACIGALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Buenos Aires, 1994, pág. 85 y 231.

²⁷⁷ Así por ejemplo, MORILLAS CUEVAS, al señalar que “el elemento subjetivo se cumple cuando el juez sabe que su resolución no es conforme a Derecho y se aparta de los métodos usuales de interpretación, *siendo su voluntad la única interpretación posible*” o CÓRDOBA RODA quien entiende que “el juez ha de dictar la resolución voluntariamente, a conciencia de que lo que dicta ostenta el carácter de injusto, esto es, con dolo directo”; MORILLAS CUEVAS, L. en *VVAA, Sistema de Derecho Penal... cit.* pág.1226).

la exigencia de voluntariedad, ya de por sí algo desdibujada actualmente²⁷⁸, puede no ser más que una atribución normativa derivada de la apreciación de un conocimiento seguro sobre el carácter injusto de la resolución. Volveré más adelante sobre esta cuestión.

Una segunda opinión, formulada en sentido negativo respecto del elemento “a sabiendas” es que, aun concurriendo, no excluye la posibilidad de comisión a título de dolo eventual sino que, en todo caso, la reforzaría. Es evidente que depende, de nuevo, de cómo se conciba el dolo eventual. No es éste el lugar, desde luego, para desarrollar en amplitud, como lo merecería la complejidad de la cuestión, las concepciones acerca del dolo eventual que se han ido sucediendo. Baste decir, como línea de principio que, en relación con el delito de prevaricación judicial, quienes han acogido la posibilidad de comisión a título de dolo eventual no presentan uniformidad en torno a qué teoría sobre el dolo eventual seguir, si bien puede considerarse que prima la asunción de los postulados de la teoría de la probabilidad.

OCTAVIO DE TOLEDO admitió tal posibilidad, si bien formulando varias combinaciones: si el carácter injusto de la resolución ofrece dudas, niega la comisión a título o de dolo eventual; en caso contrario (certeza de la injusticia), podría concurrir el mismo, mas si el funcionario duda del acierto de su decisión, también se excluiría. Esto es, la duda, aun suponiendo la representación del riesgo, no daría lugar a la prevaricación²⁷⁹.

²⁷⁸ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN considera que resulta discutible, con base en el art. 14 CP mantener la necesidad de un elemento de carácter volitivo en el dolo eventual delimitador de la imprudencia. Supondría, en su opinión, discurrir en paralelo al texto de la ley exigiendo un requisito que la ley no exige y estableciendo una causa de exclusión de la responsabilidad dolosa no prevista en aquella; SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *op. cit.* pág. 336. En la misma línea, descarta RAGUÉS el elemento emocional volitivo al menos en el ámbito del dolo eventual (bajo sus variadas formas de necesidad de conformidad, aceptación, designación o aprobación en sentido jurídico; confianza –que no meras esperanzas– del sujeto en que el tipo no va a realizarse; voluntad de evitación de la realización del tipo) considerando que su única justificación es “aferrarse a la idea de dolo como conocimiento y voluntad”. En abierta oposición a la supresión del elemento volitivo GIL GIL, considerándolo como un primer paso hacia la normativización u objetivación del tipo subjetivo; GIL GIL, A. “Lo subjetivo en la fundamentación y exclusión de lo injusto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología UNED*, n.º 15 (2005), pág. 95 a 153 y en particular pág. 95 a 97.

²⁷⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario...*, *op. cit.* pág. 372 y 373. No puede negarse lo ajustado de estos razonamientos. Pues, ni la injusticia se evidenciará, normalmente, de modo absoluto, ni lo considerado correcto o incorrecto, justo o injusto, hubo de ser advertido así, necesariamente, por quien dicta la resolución, pues pudo caberle la duda. Sin embargo, ello puede conducir a la negación de la virtualidad práctica de la admisión del dolo eventual. En todo caso, parece que dicha admisión obedecía, en parte, a una cuestión de coherencia sistemática, en vista de la tipificación de la imprudencia y del rechazo del autor a incluir bajo el paraguas de lo imprudente lo que pudiera estimarse un supuesto de dudosa imprudencia. No puede desconocerse que el mismo autor, en su Parte General de Derecho Penal, indica que sólo las expresiones “de propósito” o “intencionadamente” excluirían el dolo eventual, al implicar claramente un elemento volitivo, mientras que la expresión “a sabiendas” no excluiría el dolo eventual sino sólo la imprudencia consciente, pues no alude a elemento volitivo alguno y exige una alta conciencia de realización del tipo, por lo que no sería compatible con la imprudencia con representación. Estaría, pues, la medida del dolo eventual propuesta por el autor para ese delito, en la falta de certeza de la injusticia, mas partiendo de una alta probabilidad de su concurrencia; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal Parte General*, Rafael Castellanos Ed., Madrid, 1985, pág. 124.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

FERRER BARQUERO asume la teoría del consentimiento si bien mediante la modulación de la misma que identifica el elemento volitivo mediante la expresión “conformarse con”²⁸⁰ Considera que sería compatible con la obligación de juzgar aun con dudas y con el sistema de recursos “conformarse con” la producción de la injusticia evitando acudir a otros expedientes que evitarían o atenuarían la injusticia²⁸¹.

RAMOS TAPIA, también partidaria de la admisión del dolo eventual, opta por la denominada teoría cognitiva del dolo, ante las dificultades probatorias que plantean las teorías volitivas y los problemas que respecto de la delimitación de la imprudencia presentan las de la probabilidad. Certeramente señala²⁸² que no se puede trasladar al tipo subjetivo algo que afecta al tipo objetivo, la propia existencia o no de una decisión injusta. La duda sobre si ha acaecido o no el resultado habría de llevar a negar el tipo objetivo, no el dolo eventual.

En opinión de la citada autora²⁸³, “actúa dolosamente quien decide actuar pese al conocimiento del peligro concreto creado por su acción penal para la realización del tipo”. Lo que debe probarse, a su juicio, es que el juez conocía el riesgo concreto de que su resolución, por la forma en que se dicta, resultara jurídicamente indefendible y no obstante, decidió resolver en ese sentido. Y será jurídicamente indefendible cuando el juez ha incumplido los básicos deberes que rigen la aplicación judicial del Derecho y vinculación al mismo²⁸⁴.

Habría un último grupo dentro de la opción de otorgar relevancia a la inclusión en el tipo del art. 446 CP la locución adverbial “a sabiendas”, consistente en considerarla un elemento subjetivo del injusto, adicionado al dolo y distinto de él, consistente en exigir la concurrencia de determinados móviles o intenciones del autor²⁸⁵.

²⁸⁰ FERRER BARQUERO, R., *op. cit.* pág. 164 y 165.

²⁸¹ En el ejemplo que aporta, juez que por comodidad no indaga si podía concurrir legítima defensa que atenuara o excluyera la pena, estaríamos más, bien en un caso de indiferencia. Por otra parte, plantearse la posibilidad de concurrencia de los hechos que justificarían la concurrencia de la causa de exención o atenuación de responsabilidad, más que conformarse con una decisión injusta sería conformarse con la posibilidad de una resolución injusta, que no es lo mismo.

²⁸² RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación... cit.* pág. 402. Lo afirma en relación con la negación por OCTAVIO DE TOLEDO de la posibilidad de atribución a título de dolo eventual de resoluciones cuya injusticia es dudosa, casos de “incerteza” del Derecho.

²⁸³ *Ibidem*, pág. 404 a 413.

²⁸⁴ Podríamos también ubicar en esta posición a ORTS BERENGUER, que entiende que “a sabiendas” comprende todas las clases de dolo; ORTS BERENGUER E., *Derecho Penal, parte especial*, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.), Tirant lo Blanch *Valencia 2015*, pág. 681. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General... cit.* pág. 807 o FLORES MENDOZA, F., *op. cit.* pág. 727 y 728, que admite expresamente el dolo eventual.

²⁸⁵ Se acoge esta postura por autores como BELLO LANDROVE, quien sin aludir expresamente a la expresión “a sabiendas” afirma que antes de 1870 sólo se castigaban “las formas maliciosas de prevaricación” o cuando no descarta que la malicia no requiera motivos perversos; BELLO LANDROVE, F. en “Los elementos de justicia e injusticia...” *cit.* pág. 256 y 258. QUINTERO OLIVARES, quien alude a que la representación ha de ir acompañada de la conciencia de que se está adoptando una decisión injusta, por serlo intrínsecamente o por adoptarse por motivos ajenos a la función judicial, tales como odio, resentimiento, venganza o interés personal; QUINTERO OLIVARES,

Se puede afirmar que, del mismo modo que ya hemos visto al estudiar el concepto de la injusticia de la resolución, la toma en consideración de los móviles, finalidades o intenciones del autor cuenta con el rechazo mayoritario de la doctrina, considerándose que son irrelevantes una vez que se afirme la conciencia del carácter injusto de la resolución²⁸⁶. Dicha oposición se funda en razones de diversa índole.

Desde un punto de vista histórico, porque la interpretación histórica conduciría a la solución contraria, habida cuenta que el Decreto de Cortes de 24 de marzo de 1813 entendía concurrente la prevaricación cuando el juez actuaba “a sabiendas contra Derecho por afecto o desafecto hacia alguno de los litigantes u otras personas” y en el CP de 1822 la definición del delito del art. 441 consistía en quien juzgaba “a sabiendas contra ley por interés personal, por afecto o desafecto hacia alguna persona o corporación o en perjuicio de la causa pública o de tercero”. Y desde el CP 1848 se suprimen expresamente tales referencias, mas conservándose la expresión “a sabiendas”. Por lo tanto, si la locución adverbial convivió con la expresa mención de los móviles, ello evidenciaría que no podía referirse a los mismos. Este argumento tampoco es definitivo, pues podría argüirse que se vino a simplificar la redacción incluyendo bajo la genérica expresión “a sabiendas” el interés, afecto o desafecto.

Un segundo argumento para su rechazo es que presentaría problemas de legitimidad, por apartarse del principio de responsabilidad personal por el hecho, dado que sólo la exteriorización mediante la acción puede dar lugar a responsabilidad penal. Se entiende desde estas posiciones que los motivos, intenciones o fin del autor no trascienden de su fuero interno, por no manifestarse en el hecho típico, de modo que tomarlos en consideración nada añade al conocimiento y en su caso voluntad de realización de aquel²⁸⁷.

Y también se rechaza porque no parece desprenderse de la estructura típica, ni como causa, ni como fin de la misma. En este sentido, contrapone RAMOS TAPIA móviles e intención. El móvil sería la causa de la conducta y la intención representa la finalidad perseguida y ambos podrían considerarse, de admitirse, un elemento subjetivo del injusto. Los primeros los rechaza totalmente. La finalidad también, pues entiende que “no debe configurarse como un

G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Aranzadi, Pamplona 1996, pág. 1283; BENEYTEZ MERINO, quien identifica el tipo subjetivo con la conciencia que tiene el juez de que viola el Derecho, estando motivada la desviación por circunstancias espurias, como la amistad con alguna de las partes; BENEYTEZ MERINO, L. en CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. (dir.), *Derecho Penal Parte especial*, 2ª ed. Colex, Madrid, 1990, pág. 4184.

²⁸⁶ “Es lo mismo que le sentencia injusta se dicte por odio, o por venganza o por favorecer a otro” afirmaba CUELLO CALÓN E., en *Derecho Penal, Parte Especial*, vol. I, 14ª ed., Bosch, Barcelona, 1975, pág. 399.

²⁸⁷ SANZ-DIEZ DE ULZURRUN señala a estos efectos que “Considerados como expresión de rasgos del carácter o la personalidad del individuo reveladores de una especial maldad vileza o inmoralidad resultan contrarios a un Derecho penal del hecho y son propios del Derecho penal de autor”, aludiendo a la proscripción de “una responsabilidad fundada en el carácter, la conducción de la vida, la forma de ser o las inclinaciones y sentimientos del individuo”; SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *op. cit.* pág. 347 y 348.

delito de tendencia interna trascendente en el que se exige que el juez persiga un determinado objetivo que trascienda a la realización del tipo ni de tendencia interna intensificada en el que la conducta del juez debería estar dominada por una especial dirección de su voluntad (por ejemplo, ánimo de cometer una injusticia o venganza)²⁸⁸. Mas este rechazo de la finalidad es parcial en la citada autora²⁸⁹.

Y una última postura, si bien niega considerar a los motivos como elemento típico, admite cierta relevancia de los mismos bajo un heterogéneo abanico de posibilidades: bien en el ámbito de la prueba, bien como expresión de un agotamiento del delito, bien como determinantes de una circunstancia de agravación²⁹⁰.

3. EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE PREVARICACIÓN JUDICIAL DOLOSA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Estudiado el tratamiento del tipo subjetivo por parte de la doctrina, es procedente el tratamiento que de la cuestión se hace en la jurisprudencia del TS. Cabe abordar, por tanto, la interpretación que se da a la expresión “a sabiendas”, qué concepto de dolo es mantenido y si se da cabida al dolo eventual. Mención aparte, merecen “los motivos” del autor, a lo que se aludirá de modo independiente.

3.1. Concepto, contenido y extensión del dolo

Agruparé las afirmaciones al respecto en varios bloques temáticos, que titularé con la conclusión que puede extraerse de aquellas. Así pues, resulta:

3.1.1 La expresión “a sabiendas” como exteriorización del dolo

Aludiendo a la expresión típica “a sabiendas”, se refiere que “no es otra cosa que la

²⁸⁸ RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación... cit.* pág. 384.

²⁸⁹ RAMOS TAPIA indica que “la injusticia de la resolución será el fin de la actuación del juez, pero ese fin es el único relevante penalmente, no los motivos que le llevaron a adoptar la resolución injusta”; RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación... cit.* pág. 378. Realiza dicha afirmación en relación con el dolo directo. Esto es, esta forma sí requeriría la presencia de un fin, mas siendo indiferentes los motivos de perseguirlo. Esta autora, sin embargo, recordemos que, por otra parte, otorga relevancia a los motivos, mas en sede de tipo objetivo, como indicio de la injusticia de la resolución, al evidenciar, en ciertos casos, el apartamiento de la obligación de decidir conforme a Derecho (cfr. RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación... cit.* pág. 379).

²⁹⁰ Sostiene esta posición FERRER BARQUERO, quien parece querer indicar que el móvil puede operar como indicio del dolo y si cristaliza en un beneficio o perjuicio, ello es expresión de un agotamiento del delito. Respecto de constituir una causa de agravación, se refiere a la presencia de móviles discriminatorios, que constituirían la circunstancia agravante del art. 22.4ª CP; FERRER BARQUERO, R., *op. cit.* pág. 159).

inclusión expresa en los correspondientes tipos penales del dolo como requisito necesario en toda clase de delitos dolosos”²⁹¹. Ello daría la razón a los autores que niegan identificar dicho elemento típico con un particular elemento subjetivo del injusto. Por tanto, parece decantarse el TS por la tesis de que “a sabiendas” nada añade” a la estricta exigencia de dolo.

3.1.2 Construcción del dolo en torno al elemento intelectual o cognitivo

Referenciaba *supra*²⁹² la discusión doctrinal existente en torno al concepto de dolo, esto es, a si se identifica el mismo con mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo o si se exige, al menos en la modalidad de dolo directo, la presencia del elemento volitivo o intención. En este sentido, nuestra jurisprudencia toma partido, de modo muy elocuente, por dar primacía, prácticamente absoluta, al elemento cognitivo.

Se manifiesta en expresiones tales como:

- “El dolo, en su aspecto de conocimiento relativo a los elementos objetivos del tipo”²⁹³;
- “De la ilegalidad e injusticia de dichas resolución fue siempre consciente su autor”²⁹⁴;
- “Conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho”²⁹⁵;
- “La expresión (“a sabiendas”) requiere que el funcionario judicial conozca, bien que hay una oposición al ordenamiento sustantivo, bien que se viola alguna o algunas normas importantes de procedimiento: ha de actuar con el conocimiento pleno de la realidad de esa injusticia material o formal”²⁹⁶;
- Basta con que el juez sepa que la resolución no es conforme a derecho y que a ella no llegaría empleando los métodos usuales de interpretación”²⁹⁷;
- “Nuestra jurisprudencia proclama la exigencia de que el sujeto activo tenga conciencia del total apartamiento de la legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, lo que debe ser evaluado desde la consideración de que el Juez es técnico en derecho y un profundo conocedor del ordenamiento jurídico”²⁹⁸.

²⁹¹ SSTS 1/1996 de 4 de julio, 992/13 de 20 de diciembre y 79/12 de 9 de febrero.

²⁹² Cfr. pág 155 y ss.

²⁹³ SSTS 1/1996, de 4 de julio 2338/2001, de 11 de diciembre, 806/04, de 28 de junio, 992/13 de 20 de diciembre, 79/12, de 9 de febrero.

²⁹⁴ STS 842/06, de 31 de julio.

²⁹⁵ STS 308/09, de 23 de marzo.

²⁹⁶ STS 308/09, de 23 de marzo.

²⁹⁷ SSTS 79/12, de 9 de febrero y 594/14, de 16 de julio.

²⁹⁸ STS 585/17, de 20 de julio.

Saber, tener conciencia, conocer, nos sitúan, pues, en la senda del conocimiento de la injusticia de la resolución como único requisito para entender concurrente el dolo. Parece, pues, descartarse la intención. Sin embargo, no del todo.

3.1.3 Alusión al elemento volitivo como causa del comportamiento

Digo no del todo porque lo cierto es que, pese a la abrumadora cantidad de expresiones que denotan la exigencia de mero conocimiento, no se desdeña, en algunas resoluciones, recientes, las referencias a la voluntad del autor. Así, se afirma “Es un delito doloso porque el dictado de las resoluciones fue a sabiendas de situarse las mismas extramuros de cualquier razonamiento admisible jurídicamente, siendo sólo exteriorizadoras de la voluntad de su autora”²⁹⁹; “se aparta de los métodos usuales de interpretación siendo su voluntad la única explicación posible”³⁰⁰; “imponiendo su propia voluntad, su deseo o su criterio sobre la interpretación racional de la ley”³⁰¹.

Cabe plantearse, ¿desdice ello lo anterior? Esto es, es que, a la postre, el TS, pese a reiterar abrumadoramente el elemento cognitivo como integrante del dolo en la prevaricación judicial, venga a exigir también el volitivo. No lo estimo así. Si se efectúa una lectura atenta de las proposiciones en que se integra la “voluntad”, se evidencia que es una referencia a la causa del dictado de la resolución injusta, la explicación del proceder del juez. Dicho en otros términos, es lo mismo que afirmar: dictó la resolución injusta porque “quiso hacer de su voluntad ley” o: el atendimiento exclusivo a su voluntad es la única explicación de su proceder. Más bien, pues, se viene a emplear como sinónimo de arbitrariedad. Pero ello no transmuta a ese factor de voluntad en elemento constitutivo de dolo. De lo contrario, no se justificaría que se mencione la voluntad en un número incomparablemente menor de resoluciones y que se haga en todas especial y casi exclusivo énfasis en el elemento cognitivo.

3.1.4 Restricción al dolo directo como criterio de imputación subjetiva

Que la forma de imputación dolosa en el tipo del art. 446 CP se restringe al dolo directo se dice expresamente en alguna resolución: “sirve para excluir (...) su comisión a título de dolo eventual”³⁰².

Si asociamos la forma de definir, en general, el tipo subjetivo como conocimiento y el

²⁹⁹ STS 594/14 de 16 de julio.

³⁰⁰ STS 228/15, de 21 de abril.

³⁰¹ STS 79/12, de 9 de febrero.

³⁰² STS 1/1996 de 4 de julio.

particular uso, en ciertas sentencias, de expresiones como “plena conciencia”³⁰³, “conocimiento pleno”³⁰⁴, “el Juez sabe”³⁰⁵, con la expresa exclusión que del dolo eventual se hace en las sentencias citadas en el párrafo anterior, puede llegarse a la conclusión de que en la jurisprudencia existe una tendencia a admitir como forma usual de dolo el directo. Mas sólo eso, tendencia.

Empleo el término tendencia porque la conclusión no puede ser categórica. De un lado, porque la exclusión expresa del dolo eventual no se reitera en un número considerable de resoluciones. Y de otro porque, a salvo de aquellas resoluciones que hablan de conocimiento pleno, la mayor trascendencia de la expresión “actuar con conocimiento” o similares, que son las usualmente utilizadas, es definir el elemento cognitivo, mas sin definir su intensidad. A esto que cabe añadir, no obstante, que no se encuentran supuestos de una calificación del dolo concurrente como eventual, pues el convencimiento que late en las sentencias condenatorias referenciadas es que el juez sabía que lo que dictaba era injusto.

Por tanto, se puede decir que lo que se desprende de la jurisprudencia del TS es que la forma ordinaria de imputación subjetiva del delito del art. 446 CP será a título de dolo directo, mas sin que exista obstáculo para admitir supuestos de dolo eventual, que se daría en aquellos casos en que no hay un conocimiento pleno del carácter injusto de la resolución.

Conclusión: en la construcción jurisprudencial del tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial dolosa no se admiten elementos subjetivos distintos del dolo, que se refleja en la expresión “a sabiendas”. El dolo se construye exclusivamente con base en el elemento cognitivo, respecto del cual la intensidad exigida suele ser elevada, no existiendo obstáculo para la admisión del dolo eventual.

3.1.5 Los motivos del autor

No obstante todo lo expuesto, numerosas sentencias, recaídas sobre el delito de prevaricación judicial, suelen contener ciertas alusiones a los motivos del actuar del juez, bien admitiéndolos, bien descartándolos. Esas alusiones van acompañadas, por lo general, de la manifestación de que, en todo caso, los mismos carecen de relevancia. Si así fuera, habría omitido la inclusión de este apartado específico dentro del estudio de la jurisprudencia recaída sobre el delito objeto de estudio. Mas lo cierto es que, pese a tales afirmaciones sobre la inocuidad de los motivos, lo cierto es que estos se incluyen, cuanto menos, en la motivación fáctica de la sentencia y su expresa mención evidencia un contexto de dictado de la resolución que ya difícilmente se puede soslayar.

³⁰³ SSTS 1/1996 de 4 de julio, 2338/2001 de 11 de diciembre, 806/04 de 28 de junio, 992/13 de 20 de diciembre, 79/12 de 9 de febrero.

³⁰⁴ STS 308/09 de 23 de marzo.

³⁰⁵ STS 594/14 de 16 de julio.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Veamos en primer lugar, mediante la transcripción literal de extractos de algunas sentencias, cómo se traen a colación tales motivos:

a) “El móvil no forma parte del tipo, puede ser una explicación --que no justificación-- pero en todo caso el delito es independiente al móvil que guiará la acción del autor. (...) el móvil que actuará como motor para tales actuaciones (...) y puede explicar --que no justificar-- el porqué de la actuación judicial”³⁰⁶.

b) “Esa conciencia e intención deliberada no ha de confundirse con el móvil que, como aquí ocurrió, estuvo en la intención de favorecer al coacusado”³⁰⁷.

c) “Es innegable su injusticia intrínseca en la medida que prevalece su interés personal sobre los parámetros objetivos que deben presidir la actuación judicial y una resolución que albergue ese propósito también es prevaricadora, porque su motivación real es inadmisibile por ser ajena al proceso, extralimitándose en el ejercicio de su jurisdicción y sirviendo motivos personales y por ello espurios, aunque ejercitables a través de otras vías procesales”³⁰⁸.

d) “Valió esa ocultación del relevante dato de la amistad con el apelante para excluir del procedimiento en calidad de acusados a los otros magistrados (...) Fue precisamente esa amistad con el citado apelante la que hizo que el procedimiento continuara sólo contra el Ilmo. Sr. D. Tomás (...) En todo caso, la conclusión lógica que habría de derivarse de lo aquí alegado nunca podría ser la inexistencia del delito doloso por parte de quien actuó como ponente de esas resoluciones injustas para beneficiar a su amigo”³⁰⁹.

“desde la condición del recurrente de experimentado Magistrado de una Sección Penal de

³⁰⁶ STS 594/14 de 16 de julio. En esta sentencia se aludía al móvil en los Hechos Probados (4º) señalando: “...La Magistrada acusada, desde que el Letrado denunciante se personó en el Juzgado y tuvo conocimiento de la denuncia, se posicionó a favor de la misma y se dirigió a la Fiscal de Guardia tratando de convencerle insistentemente...”. Todo ello en el contexto de una relación de amistad íntima que mantenía con el aludido letrado.

³⁰⁷ STS 309/09 de 23 de marzo.

³⁰⁸ STS 333/06 de 15 de febrero. Se señala como justificante fáctico de tales afirmaciones: “lo que es aún más relevante, porque tenía un interés personal en el caso, como se hace constar también en el “hecho probado”, apartado tercero, cuando se dice que entre el acusado y el cliente del abogado, ahora recurrido, “existe una relación de enfrentamiento vecinal, que se ha traducido en diversos procedimientos judiciales, entre ellos la presentación por el primero de una querrela contra el segundo por presunto delito de calumnias e injurias que fue archivada”, añadiendo que esta situación provocó que el acusado se abstuviese de conocer en un procedimiento ordinario en el que era parte el mencionado cliente dirigido por el mismo letrado, amparándose en las causas séptima y octava del artículo 219 LOPJ. Los hechos anteriores revelan una singular diafanidad que no permite albergar duda razonable alguna acerca del propósito que guiaba al acusado, prevalerse de su jurisdicción para requerir mediante exhorto al Juzgado de Instrucción “testimonio de la totalidad de las actuaciones que componen dicho Juicio de Faltas”.

³⁰⁹ STS 806/04 de 24 de junio. Todo ello se deriva de tres datos que se enumeran para llegar a tal conclusión: “1º. La amistad no superficial existente entre este magistrado y la persona a la que favorecía esa resolución prevaricadora, que, aunque negada por el Sr. Tomás, apareció acreditada (...) 2º. La visita que este magistrado hizo al titular del Juzgado de Instrucción de Barcelona, donde se tramitaba la querrela interpuesta por este amigo del Sr. Tomás, ante la circunstancia de que éste, el querellante, había sido citado a declarar en calidad de imputado (...)

la Audiencia Provincial y como tal concededor del derecho, el claro apartamiento de la legalidad que se evidencia en dicho auto es exponente de una intencionalidad clara de actuar como tal --con independencia de los móviles concretos los que no forman parte del tipo penal--, pero en el presente caso, existen datos y probanzas concurrentes que robustecen la existencia de tal intencionalidad”³¹⁰.

e) “La estrecha amistad que la sentencia proclama que unía al acusado y al conductor inculcado constituye un elemento crucial para inferir que una eventual decisión judicial que discrepe del ordenamiento jurídico, pueda estar impulsada por el voluntarismo que reclama el tipo penal de la prevaricación judicial”³¹¹.

Los fragmentos transcritos son lo suficientemente elocuentes para afirmar que, jurisprudencialmente, sí se da relevancia a los motivos. En los casos a los que se refieren y ante los términos empleados es evidente que del contexto en que se dicta la resolución no puede ya prescindirse a la hora de atribuir subjetivamente el hecho a su autor, bien para fundar, sin más, la concurrencia de dolo, bien para afirmar la concurrencia del elemento volitivo.

Se puede apreciar, sin embargo, cierta confusión a la hora de abordar el móvil concurrente. Así, en uno de los casos se señala que la conciencia (elemento cognitivo del dolo) e intención deliberada (elemento volitivo) no ha de confundirse con el móvil de favorecer al acusado. En otro se identifica el móvil mismo con el dolo “por parte de quien actuó como ponente de esas resoluciones injustas para beneficiar a su amigo”. Y en un tercero, una estrecha amistad con el acusado se toma como indicio de la voluntariedad de la acción. Se ha de destacar el supuesto c), en el que al móvil se asigna mayor trascendencia, pues trasciende del tipo subjetivo y se traslada a la tipicidad objetiva, llegándose a afirmar que es innegable la injusticia por prevalecer el interés personal.

Otra visita semejante, también para interesarse por su amigo, que realizó el mismo magistrado Sr. Tomás a la juez sustituta del Juzgado nº 2 de Esplugues de Llobregat, en que se tramitaba el procedimiento civil del *art. 131 LH*.

Como bien dice el Ministerio Fiscal, D. Tomás tenía que haberse abstenido de conocer de este asunto en razón a la mencionada amistad, cumpliendo así el deber impuesto en el art. 217 en relación con el nº 8º del 219 (ahora 219.9º, tras la reciente modificación por LO 19/2003), ambos de la LOPJ”.

³¹⁰ STS 2338/11 de 11 de diciembre. Los hechos, referenciados en la sentencia, para llegar a tal conclusión, son: “Hubo alteración de las reglas de reparto de asuntos en la Sección (...) pues se designó ponente al recurrente a pesar de que ninguno de los rollos acumulados, ni tampoco el primero, le correspondía por el último dígito del número del rollo (...). La deliberación del asunto fue muy somera y ambas Magistradas, firmaron el auto en la creencia de que se estaba indicando un solo delito fiscal (...) la información facilitada por el recurrente a sus compañeras de Tribunal, fue “parcial y sesgada; (...) Se acordó la precaución “...muy poco justificada...” de evitar que continuara la causa, que se hablaba (sic) en aquellos momentos muy avanzada mediante acordar la suspensión de la misma.” Se añade: “Todos estos datos y declaraciones actúan como claros indicadores que refuerzan y consolidan la clara intencionalidad del recurrente, y en definitiva la conciencia y voluntad de éste al dictar el auto prevaricador, con independencia de la concurrencia o no de móvil, pues el móvil que induce a un actuar delictivo, no forma parte del tipo penal.”

³¹¹ STS 585/17 de 20 de julio.

Puede pues concluirse que, cuanto menos, el móvil puede operar como indicio del conocimiento o de la intención. A partir de aquí, puede estimarse como elemento esencial, sin mayor argumentación, para afirmar el carácter doloso del hecho y finalmente, se le otorga su mayor importancia cualitativa cuando viene a determinar el carácter de injusta de la resolución dictada. Este último supuesto, sin embargo, es el menos común, pues ya vimos en sede de tipo objetivo que se venía a descartar, mayoritariamente, al menos de modo expreso, la relevancia de los móviles para construir la “resolución injusta”. Ahora bien, la sensación que dejan estos pronunciamientos que comentamos es que, pese a la insistencia en negar la trascendencia del móvil, motivo o explicación de la actuación, la revelación del mismo en el curso del procedimiento impregna ya su devenir, de modo que será ya muy difícil negar la injusticia de la resolución y el conocimiento de la misma por el autor.

3.2. Construcción del tipo subjetivo

Lo expuesto hasta el momento es la interpretación en términos generales que del tipo subjetivo se desprende de las resoluciones dictadas por el TS. Mas es sólo una parte de lo relevante, pues más allá de ello, ha de examinarse el modo en que se realiza el juicio de imputación subjetiva. Esto es, ha de darse respuesta a la pregunta ¿cómo se imputa el dolo, cómo se argumenta (y justifica) que el juez sabía o, de modo más relativo, tenía conocimiento de que la resolución que dictaba era injusta?

3.2.1 Enumeración de casos

La vía para intentar responder a esta pregunta no puede ser otra que descender a los casos particulares analizados en las sentencias, sin perjuicio de que, evidentemente, pueda advertirse a través de ello ciertos patrones de imputación. Paso a exponer una serie de supuestos, con reproducción literal de un fragmento de las sentencias que se citan al pie:

a) “Desde los hechos probados surge con facilidad que el magistrado conocía los hechos en su total dimensión, la competencia de otro juzgado, conocía las medidas adoptadas por el mismo; también los deberes que le incumben en orden a la aplicación de la ley, sustantiva y procesal y, sin embargo, no actuó conforme exigía ese conocimiento disponiendo la ordenación del proceso sin observar las normas del proceso debido y aplicando la norma sin atención a los presupuestos que le facultaban actuar. Su actuar es doloso pues el autor conoce las circunstancias concurrentes y los deberes que le incumben”³¹².

b) “El elemento subjetivo del tipo (...) debe ser puesto y valorado desde la condición del Juez de técnico en derecho y por tanto conocedor del mismo (...) Desde los hechos

³¹² STS 571/12 de 29 de junio.

probados surge con facilidad que el magistrado conocía los hechos en su total dimensión, reabrir las diligencias sin causa que lo justifique, la asunción de la tramitación e investigación de un nuevo objeto procesal, la adopción de medidas de investigación por mera providencia, pese a la afectación de derechos fundamentales; con mutación del objeto procesal; las resoluciones adoptadas en la pieza de situación personal sin justificar las distintas resoluciones de prisión, con fianza y sin ella, seguidas en corto espacio temporal y sin alteración de circunstancias. Su actuar es doloso pues el autor conoce las circunstancias concurrentes y los deberes que le incumben. La resolución ha sido dictada con incumplimiento consciente de su deber jurisdiccional produciendo la resolución injusta. Las testificales oídas en el plenario, precisamente de los funcionarios colaboradores en la tramitación de las causas corroboran la acreditación del elemento subjetivo, al resultar de esas declaraciones, valoradas desde la inmediación del tribunal, “una voluntad persecutoria del investigado”, no dejando plantear cuestiones a la defensa del investigado en la causa y el distinto trato a la defensa del imputado y a la defensa de la acusación popular, llegando a no tramitar los recursos formalizados por la defensa del imputado. La lectura, y audición de los documentos grabados, sobre las circunstancias en las que se desarrolla la práctica de diligencias son reveladoras de un trato ajeno a las exigencias de imparcialidad que son exigibles en un juez de instrucción”³¹³.

c) “Debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no pueda estar amparado por una interpretación razonable de la Ley.”³¹⁴.

d) “La convicción que el Tribunal de instancia no se apoya en prueba directa, sobre el contenido prevaricador de las resoluciones y sobre el hecho de la percepción del dinero, sino que, partiendo de los hechos acreditados, como las propias resoluciones y los demás elementos indiciarios que destaca, se expresa la convicción sobre el hecho típico de la prevaricación y del cohecho a través de inferencias que permiten la acreditación de los hechos que dan sustento a la tipicidad de los delitos por los que ha sido condenado”³¹⁵.

e) “De la ilegalidad e injusticia de dichas resolución fue siempre consciente su autor, pues, sobre no concurrir causa justificativa de una privación de libertad, ni siquiera se había producido evento o novedad alguna de signo agravatorio para los imputados y ni siquiera había mediado petición cautelar del Ministerio Fiscal u otra parte procesal”³¹⁶.

³¹³ STS 228/15 de 21 de abril.

³¹⁴ STS 228/15 de 21 de abril.

³¹⁵ STS 102/09 de 3 de febrero. Por el Excmo. Sr. MARTÍNEZ ARRIETA se formuló voto particular a esta sentencia, en el cual se incluía este interesante razonamiento: “la adecuación o no de la resolución a la legalidad, es indiferente, porque la adopción de la resolución, con independencia de concreto contenido material, es ya injusto porque fue adoptada movido por intereses ajenos a la función jurisdiccional que le competía que exige el conocimiento del hecho sobre el que decide y la aplicación de la norma al caso de acuerdo a valores constitucionales”.

³¹⁶ STS 842/06 de 31 de julio.

f) “El hecho probado nos dice cómo el acusado “reflexionó sobre el modo más correcto de proceder sobre estas declaraciones...”, lo que es incompatible con la conducta negligente que atribuye el motivo al recurrente”³¹⁷.

g) “La claridad y evidencia de la injusticia de las resoluciones, antes razonada, unida a la indiscutida competencia profesional de la autoridad judicial ahora sometida al presente proceso, no puede dejar lugar a ninguna duda acerca de que el acusado actuó con plena conciencia de que, al dictar los tan repetidos autos, lo hacía violando las normas legales que exigían algún indicio probatorio, tanto para citar a alguien como imputado, como para detener o acordar una prisión provisional”³¹⁸.

h) “El tenor literal de las resoluciones, de las que se desprende sin dificultad que entre las comunicaciones cuya intervención se acordaba quedaban incluidas las que los internos mantuvieran con sus letrados defensores y con aquellos otros que fueran expresamente llamados para asuntos penales. La inclusión de la cláusula previniendo el derecho de defensa en ambas resoluciones revela que el acusado era consciente de que su decisión afectaba al derecho de defensa. Sin embargo, no puede aceptarse que la intención del acusado fuera, precisamente, proteger el derecho de defensa, ya que el propio contenido de los autos anula el sentido de la anterior previsión, convirtiéndola en algo puramente formal (...) existe toda una serie de datos que acreditan, sin duda alguna, que el acusado era consciente de que esas conversaciones quedaban afectadas por su decisión. Así, la comunicación policial verbal acerca de la aclaración del significado de la referida cláusula; los informes del Ministerio Fiscal, que expresamente llegó a referirse a la exclusión de las conversaciones con los letrados; los informes policiales, donde se contenían conversaciones mantenidas en el curso de las comunicaciones intervenidas entre los letrados y sus defendidos que notoriamente afectaban al derecho de defensa; la designación de nuevos letrados por parte de los imputados en prisión provisional, efectuada estando vigente la primera resolución, lo que suponía que se intervendrían comunicaciones entre los internos y sus nuevos letrados, que eran desconocidos en la causa en el momento de dictar aquella resolución, lo que implicaba necesariamente que no se conocían indicios contra los mismos; y, finalmente, la ausencia absoluta, que en realidad no ha sido discutida, de indicios de actividad criminal contra los letrados defensores”³¹⁹.

3.2.2 Determinación de los criterios de atribución

Expuestos estos razonamientos contenidos en las sentencias citadas, se extraen ciertas conclusiones en orden a identificar los criterios de imputación subjetiva utilizados en las mismas.

³¹⁷ STS 333/06 de 15 de febrero.

³¹⁸ STS 1/1996 de 4 de julio.

³¹⁹ STS 79/12 de 9 de febrero.

Pueden establecerse, con carácter general, tres líneas de atribución: directa, indiciaria y normativa.

Me refiero a atribución directa cuando se valora una prueba de la que se deriva directamente el conocimiento que acerca de la concurrencia del tipo subjetivo se exige.

La atribución indiciaria es aquella que, como su propio nombre indica, se efectúa construyendo un juicio de inferencia derivado de hechos plenamente acreditados a través de los cuales se llega a cierta conclusión. Es lo que en el ámbito procesal se denomina prueba indiciaria.

Finalmente, la imputación normativa del conocimiento del tipo objetivo consiste en derivarlo de reglas, máximas, principios o criterios que trascienden al caso concreto enjuiciado pero que, por su carácter general, se estimen de aplicación a éste³²⁰. Utilizando esta forma de atribución, la prueba concreta del dolo pierde relevancia, por innecesaria. Se podría resumir diciendo “no podía no saberlo”³²¹.

Sin embargo, estos tres criterios de atribución, como puede comprobarse mediante una atenta lectura de los fragmentos transcritos, no aparecen de un modo puro, sino que suelen aparecer entremezclados en una misma argumentación. Mas ello no debe conducirnos a error. Ha de fijarse la atención en la construcción del razonamiento. Pues no es lo mismo decir, tras las pertinentes inferencias probatorias, que no pudo no saber, que, partiendo de lo que es una pura atribución normativa, pretender luego haberla deducido, aparentemente, del material probatorio.

Sobre la base de estas premisas, tres líneas de atribución y posibilidad de mezcolanza (no

³²⁰ En palabras de JAKOBS, la idea de la normativización consiste en que el Derecho genera por sí mismo el contexto normativo, que no queda preconfigurado por la naturaleza. Partiendo de esta perspectiva, sostiene que “La culpabilidad es un déficit de fidelidad al ordenamiento jurídico y los hechos psíquicos en la medida en que son susceptibles de ser mostrados, especialmente el dolo y la conciencia de antijuridicidad, no son otra cosa que indicadores de tal déficit y de ningún modo son indicadores insustituibles. La falta de atención, la indiferencia, el desinterés por las consecuencias de una conducta pueden también ser indicios del déficit. Lo que resulta decisivo para el concepto de culpabilidad se rige por el contexto normativo, por la concreta estructura social y, en todo caso, no se rige por el contexto de los hechos psíquicos.” JAKOBS G., “*Sobre la normativización...*” *cit.* pág. 23. Y añade JAKOBS que “la valoración de hechos psíquicos depende del correspondiente contexto social: los hechos deben concebirse como meros indicadores de falta(o presencia) de fidelidad al ordenamiento jurídico”. *Ibidem*, pág. 43.

³²¹ Señala RAGUÉS que bajo esta concepción, en la determinación del dolo se atribuye o imputa un determinado conocimiento (o voluntad) a un sujeto, empleándose criterios distintos a la verificación empírica de fenómenos de naturaleza psicológica. Esto es, las afirmaciones sobre el conocimiento ajeno no tienen un carácter descriptivo, sino siempre adscriptivo; RAGUÉS I VALLÈS, R., *op. cit.* pág. 275. Inversamente a la concepción psicológica, esta propuesta no presenta, a priori, grandes dificultades en cuanto a lo factible de su ejecución práctica, sino, por el contrario, problemas de legitimidad, pues su principal escollo es que a través de ellas puede llegarse a lo que se denomina verdad procesal distinta de la verdad material o del mundo real. Y ello porque, como afirma RAGUÉS, “surgen dudas porque renunciar a la real subjetividad del autor como punto de referencia para la constatación del conocimiento entraña el peligro de que, en un número mayor o menor de supuestos, pueda llegar a afirmarse que un sujeto conoció (o quiso) algo que realmente no conoció (ni quiso)”, *Ibidem*. pág. 305

utilizo el término en sentido peyorativo) de criterios, el siguiente paso es determinar cuál de los criterios es predominante.

Entiendo, con las dificultades que entraña siempre hacer consideraciones de carácter pretendidamente general, pues se ha de soslayar lo particular en aras del establecimiento de lo general, que pesan en los razonamientos expuestos en las sentencias dos ideas apriorísticas que condicionan aquellos. Son el inveterado principio “*iura novit curia*” y la creencia, derivada de aquel, de la escasa posibilidad de fabilidad, teóricamente al menos, del juez. Fácil es advertir que se trata de criterios normativos que conducen al siguiente silogismo: el juez conoce el derecho y el derecho es lo correcto, por lo que el juez, aplicando el derecho llega a lo correcto. Recorriendo el silogismo en sentido inverso, si el juez no hace lo correcto (dicta una resolución injusta) no puede deberse a un conocimiento incorrecto, pues por definición se excluye, sino que lo hizo a pesar de conocer lo que era correcto (conforme a derecho). Esta forma de proceder se advierte en frases tales como:

- “Su actuar es doloso pues el autor conoce las circunstancias concurrentes y los deberes que le incumben”³²².

- “El elemento subjetivo del tipo (...) debe ser puesto y valorado desde la condición del Juez de técnico en derecho y por tanto conocedor del mismo”³²³.

- “la claridad y evidencia de la injusticia de las resoluciones, antes razonada, unida a la indiscutida competencia profesional de la autoridad judicial (...) no puede dejar lugar a ninguna duda acerca de que el acusado actuó con plena conciencia”³²⁴.

Los párrafos transcritos evidencian lo expuesto con claridad, pues lo expresa en términos generales. Mas también es susceptible de describirse en relación con circunstancias concretamente concurrentes:

- “de la ilegalidad e injusticia de dichas resolución fue siempre consciente su autor, pues, sobre no concurrir causa justificativa de una privación de libertad, ni siquiera se había producido evento o novedad alguna de signo agravatorio para los imputados y ni siquiera había mediado petición cautelar del Ministerio Fiscal u otra parte procesal”³²⁵.

- “el acusado “reflexionó sobre el modo más correcto de proceder sobre estas declaraciones...”, lo que es incompatible con la conducta negligente”³²⁶.

Sobre la base de este punto de partida, la fase ulterior de la construcción del razona-

³²² STS 571/12 de 29 de junio.

³²³ STS 228/15 de 21 de abril.

³²⁴ STS 1/996 de 4 de julio.

³²⁵ STS 842/06 de 31 de julio.

³²⁶ STS 333/06 de 15 de febrero.

miento viene ya condicionada, entrando en juego el concreto criterio de atribución utilizado.

La prueba directa acerca del conocimiento de la injusticia es difícil encontrarla identificada en el estudio de este delito. Refiriéndonos a ella cabe hacer una precisión. No puede confundirse el hecho que se acredita mediante prueba directa, del que luego, en unión de otros, se va a deducir el conocimiento constitutivo del dolo (pues este proceso es de inferencia a través de los indicios), con deducir éste de una prueba directa. Se daría este último caso cuando, por ejemplo, el juez le hubiera reconocido al gestor procesal encargado de la tramitación del asunto que dictaba la resolución conociendo su carácter antijurídico. O que, como consecuencia de intervenciones telefónicas vigentes sobre un investigado por delito contra la salud pública se detectara una conversación en que el juez se comprometía a acordar su libertad en caso de ser detenido, en atención a que pretendía favorecerlo, aun cuando no se dieran las circunstancias para acordarla.

Por el contrario, se utiliza la vía indiciaria en un número relevante de casos. Y como elementos indiciarios, estos es, como hechos acreditados, suele acudir a circunstancias del procedimiento, eventos procesales y datos de los que en general se deduce el conocimiento de la injusticia. A título de ejemplo, en la STS 228/15 de 21 de abril se aludía a:

- Reabrir las diligencias sin causa que lo justifique, la asunción de la tramitación e investigación de un nuevo objeto procesal, la adopción de medidas de investigación por mera providencia, pese a la afectación de derechos fundamentales.

- “Resoluciones adoptadas en la pieza de situación personal sin justificar las distintas resoluciones de prisión, con fianza y sin ella, seguidas en corto espacio temporal y sin alteración de circunstancias”.

- “Las testificales oídas en el plenario de funcionarios colaboradores en la tramitación de las causas deduciéndose de ellas “una voluntad persecutoria del investigado”, no dejando plantear cuestiones a la defensa del investigado en la causa y el distinto trato a la defensa del imputado y a la defensa de la acusación popular, llegando a no tramitar los recursos formalizados por la defensa del imputado”.

- “La lectura, y audición de los documentos grabados, sobre las circunstancias en las que se desarrolla la práctica de diligencias son reveladoras de un trato ajeno a las exigencias de imparcialidad que son exigibles en un juez de instrucción”.

Cuestiones tales como la asunción de un nuevo objeto procesal, adoptar medidas que afectan a derechos fundamentales por providencia o alteraciones en la situación personal de los investigados sin alteración de circunstancias, se acreditan mediante prueba documental, normalmente, el testimonio de las actuaciones originales que suele constar en este tipo de procedimientos. Por su parte, las testificales, prueba de carácter personal, son oídas directamente en

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

el plenario y dan razón de hechos vistos u oídos por el testigo, como también las diligencias de carácter oral registradas en soporte audiovisual (vgr., declaraciones de investigados o testigos llevadas a cabo por el juez acusado de prevaricación). Todas ellas son prueba directa. Y el rendimiento individual de cada una de ellas, puesto en común con las demás, permite deducir el conocimiento del juez del carácter injusto de la resolución que dictaba.

De modo parecido se procede en la STS 79/12 de 9 de febrero, cuando se describen los elementos acreditados que constituyen indicios de la conducta dolosa del juez acusado:

- La inclusión de la cláusula “previniendo el derecho de defensa” en ambas resoluciones revela que el acusado era consciente de que su decisión afectaba al derecho de defensa.

- El propio contenido de los autos anula el sentido de la anterior previsión, convirtiéndola en algo puramente formal.

- Comunicación policial verbal acerca de la aclaración del significado de la referida cláusula; los informes del Ministerio Fiscal, que expresamente llegó a referirse a la exclusión de las conversaciones con los letrados; los informes policiales, donde se contenían conversaciones mantenidas en el curso de las comunicaciones intervenidas entre los letrados y sus defendidos que notoriamente afectaban al derecho de defensa;

- La designación de nuevos letrados por parte de los imputados en prisión provisional, efectuada estando vigente la primera resolución, lo que suponía que se intervenirían comunicaciones entre los internos y sus nuevos letrados, que eran desconocidos en la causa en el momento de dictar aquella resolución, lo que implicaba necesariamente que no se conocían indicios contra los mismos;

- Ausencia absoluta de indicios de actividad criminal contra los letrados defensores.

E igualmente se emplea una construcción mediante prueba de indicios en la sentencia 571/12 de 29 de junio: “El magistrado conocía los hechos en su total dimensión, la competencia de otro juzgado, conocía las medidas adoptadas por el mismo; también los deberes que le incumben en orden a la aplicación de la ley, sustantiva y procesal y, sin embargo, no actuó conforme exigía ese conocimiento disponiendo la ordenación del proceso sin observar las normas del proceso debido y aplicando la norma sin atención a los presupuestos que le facultaba actuar. Su actuar es doloso pues el autor conoce las circunstancias concurrentes y los deberes que le incumben”.

Recapitulando lo expuesto hasta aquí: existe en el tratamiento del tipo subjetivo cierto apego a la vigencia del principio *iura novit curia* que condiciona el juicio de atribución subjetiva, el cual se vale esencialmente de construcciones indiciarias o de carácter normativo, siendo escasas las referencias a su acreditación mediante prueba directa.

Anunciaba que sería cuestión de discernir si los razonamientos indiciarios, o la acredita-

ción mediante prueba de indicios, podían ser considerados propiamente como tales o sólo de modo aparente.

Se hace esta consideración porque la lectura de las argumentaciones que se utilizan en algunas de las sentencias traídas a colación no evidencia un razonamiento usual de carácter indiciario sino, más bien, una atribución normativa del dolo. Tomemos esta afirmación como hipótesis de trabajo, necesitada de contrastación. Pasamos a intentarla.

Desde luego que la propia naturaleza del juicio de inferencia exige, conforme se van acotando los hechos relevantes y van confluyendo de modo inequívoco hacia la consecuencia buscada, llegar a un punto que podría denominarse, utilizando terminología propia del canto, “paso de registro”. Se daría cuando el intérprete o aplicador y en todo caso, el juez, ha de abandonar, por exigencias del hecho a determinar, la zona propia de los hechos plenamente acreditados (la parte cómoda de la tesitura, si continuáramos con el símil canoro) para pasar a la del hecho a inferir, que no se acredita de modo directo, sino por la forma en que se justifique en función de los hechos-base de los que parte la inferencia. No se transita con la misma seguridad por la primera vía que por la segunda, pues aquella surge y se manifiesta de modo natural (vgr., el juez comentó al gestor procesal tal cosa o el juez en la conversación intervenida dijo tal frase) mientras que la segunda es una construcción intelectual no absoluta, en cuanto siempre admitiría hipótesis alternativas, con mayor o menor potencial desvirtuador de aquella.

El momento crítico, pues, de una construcción de carácter indiciario es el que he asimilado al “paso de registro”, pues en él ha de estar latente con una especial fuerza persuasiva el hecho a inferir, más allá de la construcción, más o menos acertada, exhaustiva o en definitiva, sólida, que se realice. Descendiendo al terreno empírico, no ofrece mucha dificultad deducir el “dolo de matar” de hundir un cuchillo hasta la empuñadura en la zona del corazón, o de estrangular a un niño de corta edad dormido; o inferir el dolo de engañar del hecho de vender a otro como de oro, por seis mil euros, un reloj de latón con una aleación dorada que el vendedor había comprado días atrás a un “mantero” por treinta euros. Supuesto que se acreditaran los hechos en que se basa la inferencia (la acción de que X clavó el puñal del modo descrito, o que Y estranguló al bebé o que Z compró el reloj por treinta euros y que, ofreciéndolo como de oro, lo vendió por seis mil), los mismos tienen tal potencial acreditativo de que, realizando tal acción, el autor sabe que mata o que engaña, que sin mayor prueba directa o elementos indiciarios anejos, puede darse por probado la concurrencia de dolo. Y ello al margen de cómo se trace el razonamiento al respecto, pues bastaría limitarse a decir, lo evidente: que quien clava el puñal sabe que, prácticamente, con todo seguridad, causará la muerte o que quien ofrece el reloj en esas circunstancias sabe que engaña (prescindamos de consideraciones sobre la imputación objetiva del resultado, dada la pretendida simplicidad del ejemplo). Partiendo del conocimiento general de las consecuencias lesivas de tales actos, podría también decirse que, más que indi-

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

ciaria, no es más que una forma de atribución normativa, lo que no dejaría de ser cierto, mas esa es otra cuestión.

Ahora bien, no todos los “pasos de registro” son tan escasamente problemáticos. En este delito que tratamos de la prevaricación judicial, desde luego que no. Veamos cómo se solventa el que he denominado momento crítico en algunas de las sentencias.

En la STS 228/15 de 21 de abril se invocaban, por un lado, actos procesales tales como reabrir las diligencias sin causa que lo justifique, la asunción de la tramitación e investigación de un nuevo objeto procesal, la adopción de medidas de investigación por mera providencia, pese a la afectación de derechos fundamentales, alteración de la situación personal sin causa que lo justifique. Y por otra parte se citaba el resultado probatorio de ciertas testificales y documental videográfica.

Atendiendo al primer grupo de indicios, no todos ellos pueden estimarse inequívocos. Podría serlo la reapertura de la causa sin justificación, de evidenciarse tal falta de justificación claramente, o la falta de motivación de resoluciones sobre la situación personal del investigado, mas no, en principio e inequívocamente, la ampliación a otro objeto (pues podría concurrir conexión) o la infracción procesal consiste en utilizar la forma de providencia en lugar de la de auto, como dispone el art. 141 LECR (que podría suplirse por la motivación de la providencia). Sí, por el contrario, tendría mayor potencial indiciario entender concurrente una voluntad persecutoria del investigado derivada de prueba de carácter personal o su falta de imparcialidad de la audición de grabaciones de los actos procesales.

Otro ejemplo, extraído de la STS 1/1996 de 4 de julio, cuando se dice “la claridad y evidencia de la injusticia de las resoluciones (...) no puede dejar lugar a ninguna duda acerca de que el acusado actuó con plena conciencia de que, al dictar los tan repetidos autos, lo hacía violando las normas legales que exigían algún indicio probatorio, tanto para citar a alguien como imputado, como para detener o acordar una prisión provisional”.

La falta de razonamiento inductivo alguno es notoria, pues se argumenta sólo normativamente. Se deriva el dolo de haber dictado una resolución injusta, amén de la ya aludida competencia profesional de quien dictó la resolución. Si bien no puede obviarse que en este caso el trasfondo era la posible concurrencia de una “venta de la resolución”.

También es útil este fragmento: “cualquier jurista que haya estado en contacto con este procedimiento del art. 131 LH tiene que conocer ese límite inherente a la esencia de esta clase de proceso: que no cabe rechazar su tramitación por causas referidas al negocio causal por el que se adquirió el correspondiente título cuya ejecución se pretende. Con más razón esto es aplicable a quien, magistrado de carrera y ya a las vísperas de su jubilación, es el presidente de una de las secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona encargadas de conocer de los

asuntos civiles. Ciertamente no podemos tener duda alguna de que cuando D. Tomás redactó y firmó como ponente este auto de 17.2.98 lo hizo conociendo la ilegalidad de su contenido”³²⁷.

El argumento es, de nuevo, derivado de normas de experiencia: cualquier jurista, magistrado de carrera³²⁸ y próximo la jubilación, había de conocerlo (el carácter injusto de la resolución).

Las dos sentencias anteriores contienen claramente un razonamiento sólo formalmente inductivo. Y digo sólo formalmente porque, aun cuando se enumeran una serie de indicios, no se ha de derivar, necesariamente de ellos, el conocimiento de la injusticia, básicamente porque se vienen a identificar con los elementos que han llevado a considerar la resolución como injusta. No quiero decir con esto que no pueda acudir a esta forma de argumentación, reconducible al razonamiento consistente en que el autor no pudo no conocer la injusticia, que es a lo que, en definitiva, se reduce. Lo que quiero poner de relieve es que, o bien no estaríamos, entonces, en presencia de una argumentación indiciaria, habida cuenta que se está reelaborando el material del tipo objetivo para sentar la concurrencia del subjetivo, mas sin realizar un verdadero juicio de atribución subjetiva de la conducta, o bien se está atendiendo únicamente a pautas externas a la conducta del sujeto para efectuar la imputación, con lo que nos situamos en el ámbito normativo.

Encontramos un ejemplo de razonamiento propiamente indiciario en la STS 79/12 de 9 de febrero. Reparemos, en primer lugar, en esta frase:

“La inclusión de la cláusula *previniendo el derecho de defensa* en ambas resoluciones revela que el acusado era consciente de que su decisión afectaba al derecho de defensa”.

El carácter tautológico de la frase es evidente, como también que parece construirse de esta manera para enfatizar el conocimiento por parte del acusado del carácter injusto de lo que dictaba. Así, continúa diciéndose en la sentencia:

“Sin embargo, no puede aceptarse que la intención del acusado fuera, precisamente,

³²⁷ STS 806/04 de 28 de junio.

³²⁸ Nótese que se destaca el hecho de que sea “de carrera”, matización que no puede tener otra utilidad que contraponerlo a un juez sustituto o magistrado suplente, que no forma parte de la Carrera judicial aun cuando, para el período de nombramiento, pueda ejercer funciones jurisdiccionales por ser llamado a realizar una suplencia. Podría dar pie este argumento a pensar que quizás cabría atribuir menor conocimiento (como elemento del dolo) a quien no sea juez de carrera. Esto último parece admitirlo MUÑOZ CONDE al señalar “no es lo mismo el grado de conocimiento exigible a un juez de paz, a un juez suplente, a un juez de la Audiencia Nacional o del TS especialista en la materia que juzga”; MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal, Parte Especial...*” cit. pág. 807. Sin embargo, tal entendimiento parece contradecir la capacidad profesional que se ha de presumir a todo aquel que, aun no perteneciendo a la Carrera judicial, en un momento determinado, pueda ejercer la función judicial, de modo que, si se le considera hábil a tal efecto, también se le había de considerar en el momento de exigencia de responsabilidad, de manera que por no pertenecer a la Carrera pueda atribuírsele un menor “conocimiento” en el juicio de atribución subjetiva. Cuestión distinta es que, en sede de culpabilidad y en consecuencia, de individualización de la pena, pudieran tener trascendencia tales circunstancias.

proteger el derecho de defensa, ya que el propio contenido de los autos anula el sentido de la anterior previsión, convirtiéndola en algo puramente formal.”

Y a partir de aquí se enumeran otra serie de indicios de los que deducir el dolo³²⁹.

Con independencia de que se comparta la consideración como indicio de cada una de las circunstancias reseñadas y la conclusión finalmente alcanzada, aquí sí se realiza un razonamiento propiamente indiciario. Cada uno de los elementos probatorios tomados en consideración no puede, por sí solo, evidenciar el conocimiento necesario de la injusticia de la resolución, pues no tiene per se la potencialidad acreditativa necesaria a tal fin. Mas la unión de todos permite decantar dicho conocimiento.

Por el contrario, el riesgo de las argumentaciones, bien de carácter formalmente indiciario, bien de carácter normativo intrínseco es que, a la postre, conduzca a una confusión del tipo objetivo con el subjetivo, pues, un elemento (vgr., reabrir diligencias o alterar la situación personal sin causa que lo justifique) o bien funda el carácter injusto de la resolución o bien justifica atribuir al sujeto el conocimiento de carácter injusto. Si se pretende que sea ambivalente ello puede evidenciar que, o bien no todo lo “objetivo” quedó resuelto en el tipo objetivo, bien porque se afirmó la injusticia por así, decirlo, precipitadamente, bien porque se manejó un concepto muy amplio de aquella o bien que se omite materialmente la existencia de tipo subjetivo, anulando la verdadera realización de un juicio de atribución, sea propiamente subjetivo o normativo.

Voy a intentar ilustrarlo con un ejemplo. Volviendo al caso de hundir un cuchillo hasta la empuñadura en la zona del corazón. Decía que, en este caso, la acción de matar tiene tal potencial acreditativo de que realizando tal acción el autor sabe que mata que, sin mayor prueba directa o elementos indiciarios anejos a la propia acción, puede darse por probada la concurrencia de dolo. Apuntaba que este razonamiento podría considerarse normativo. Incidiendo sobre esta cuestión, desmenuemos más el razonamiento intentando contestar a la pregunta: ¿qué juicio de atribución subjetiva se realiza en ese supuesto? La respuesta es que ninguno. Sencillamente se produce una extrapolación del hecho individual (clavar el cuchillo) a las pautas sociales de comportamiento y a los conocimientos que se le pueden presumir a cualquier persona mínimamente socializada. Ya ubicados en este contexto, se concluye que cualquiera que cumpla tales parámetros sabe que dicha acción es idónea para producir, con mucha probabilidad, por no decir casi con seguridad, la muerte. Y ese saber se califica como conocimiento de que se realiza una acción de matar, constituyendo tal conocimiento el dolo. Hasta este momento ¿nos hemos planteado, realmente, qué pasó por la mente del sujeto? Y lo que es más, ¿sería relevante? La respuesta a ambas preguntas es negativa. Se podría intentar refutar el argumento señalando

³²⁹ Cfr. las circunstancias que constituyen tales indicios en la reproducción literal del fragmento obrante en pág. 181.

que, pudiendo ser cierto todo ello, se está prescindiendo de analizar el elemento volitivo del dolo, para conocer el cual sí que sería preciso plantearse si el sujeto quiso. La respuesta, a esta objeción habría de ser “normativa”: con tal conocimiento, quien actuó quiso. De hecho, aunque el acusado del ejemplo manifestara que no quería acabar con la vida de la víctima sino sólo dejarlo malherido y aun creyendo que decía la verdad (cosa harto difícil, dicho sea de paso), ¿es realista pensar que se le dejaría de imputar un homicidio consumado o intentado doloso y que se calificaría el hecho como lesiones dolosas consumadas en concurso con un homicidio imprudente? Además, ontológicamente hablando, querer o no querer acabar con la vida no es la voluntad de realización de la acción, sino la finalidad perseguida por el autor, el móvil. Móvil que, por cierto, tampoco puede confundirse con el motivo, que sería la causa de realización de la acción. De ahí la escasa incidencia, por no decir irrelevancia, de este elemento volitivo en supuestos de fácil afirmación de la existencia de conocimiento. A lo que cabe añadir que tampoco, dado el juicio normativo de imputación que se realiza en casos de tal simplicidad, es preciso tomar en consideración el elemento volitivo como indicio del conocimiento (si quiso hubo de ser consciente del riesgo de la acción, habida cuenta que lo buscaba). Si se le quisiera dar relevancia en materia de individualización de pena, por estimarse merecedor de mayor pena a quien quería matar que a quien quería malherir, evidentemente ya nos situamos fuera del campo del tipo subjetivo.

Nos encontramos, pues, con que en casos en que las circunstancias de comisión del hecho evidencien de un modo tan claro el conocimiento necesario para afirmar la existencia de dolo se puede determinar éste sólo mediante una atribución normativa, sin necesidad de efectuar un juicio de inferencia o de imputación directa.

Si es así, procede ahora plantearse si puede atribuirse normativamente el conocimiento necesario para afirmar el dolo en el delito de prevaricación judicial. Para que existiera tal posibilidad, es necesario que, como se ha dicho, el contexto de producción del hecho evidenciara de un modo tan claro tal conocimiento que excusara la necesidad de cualquier comprobación adicional. Esta exigencia impone, desde luego, como premisa insoslayable, una inequívoca fijación del carácter injusto de la resolución en el tipo objetivo, de manera que todo lo “objetivo” habrá de quedar resuelto en el tipo objetivo. Y aquí todo lo “objetivo”, al menos lo esencial, es el carácter injusto de la resolución. De ahí que no sea viable acudir a una atribución normativa del dolo cuando se “fio” una parte sustancial del carácter injusto de la resolución al tipo subjetivo.

Esta cuestión ya quedó tratada en otro lugar³³⁰ mas aquí emerge la problemática allí apuntada con todo su vigor. El problema es el siguiente. Si se manejan posturas o teorías que generan cierta ambigüedad en orden a la determinación del carácter típicamente injusto de la resolución, confiando en que esa ambigüedad se disipará al tratar el tipo subjetivo y cuando entramos en el

³³⁰ Cfr. nota 241.

análisis del mismo se pretende, obviando la ambigüedad de la que se partía, atribuir el conocimiento de ese pretendido carácter injusto por vía normativa, o falsamente indiciaria con base en la ya afirmada injusticia, el resultado no puede ser en modo alguno satisfactorio desde la perspectiva de la seguridad jurídica y el respecto al principio de legalidad.

Se daría esta situación en casos de ejercicio de potestades discrecionales. En algún ejemplo que ya comentado, se venía a decir que se interpretaron y aplicaron las normas sobre prisión provisional de un modo poco acorde con la finalidad de la institución, lo que provocó que, acordando la libertad del investigado, se fugara el mismo. Por ello se afirma la injusticia de la resolución. Mas, como sería posible que el autor no hubiera sido consciente de ello, el definitivo discernimiento se deriva al tipo subjetivo, donde se habrá de determinar que se hizo a sabiendas, esto es, con conocimiento. Situados ya en el juico de imputación subjetiva, se razona del modo siguiente: el juez era consciente de que actuaba contra su propia convicción jurídica, extraída de la correcta aplicación de los métodos acuñados por la ciencia jurídica.

Que la prisión provisional tiene como una de sus finalidades, explicitada en el art. 503.2 LECr., evitar la sustracción del investigado a la acción de la justicia es algo obvio. Como también que de no acordarse la misma existe el riesgo que tal finalidad pretende conjurar. Estimar que un traficante de droga con presumida capacidad económica pueda situarse en situación de ilocalizable es plausible. Mas cabría también que por otras circunstancias (personales, intereses económicos, etc...) pudiera concluirse lo contrario. Si en esas circunstancias se acuerda la libertad provisional y se produce, en efecto, la fuga, ¿se evidencia con tanta nitidez la irrazonabilidad, indefendibilidad o infracción del método jurídico? Parece que no, pues siempre cabía la alternativa. Por tanto, el discernimiento definitivo se ha de producir en el tipo subjetivo. Mas si éste se reduce a decir que en esas circunstancias era previsible que se produjera la huida y que por tanto, el juez fue consciente de tal posibilidad y de que la finalidad de la institución impedía proceder de ese modo, no es más que una atribución normativa del conocimiento que, por la pluralidad de alternativas a la hora de adoptar la decisión, es inviable en este caso, pues, de aceptarse como válido el argumento, habrían de perseguirse todos aquellos casos en que, pudiendo existir un posible riesgo de fuga pero no absoluto, se acordara la libertad provisional. Por cierto, independientemente de que se verificara una huida del investigado, pues la valoración se ha de hacer desde una perspectiva *ex ante*.

4. EL TIPO SUBJETIVO DESDE LA CONCEPCIÓN DEL TIPO OBJETIVO COMO INFRACCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE LA JURISDICCIÓN

Se puede llegar, pues, a la conclusión de que sólo mediante una inequívoca afirmación

del carácter injusto de la resolución podrán realizarse juicios de atribución normativa del tipo subjetivo. Y esta inequívoca afirmación sólo será posible bien porque estemos en presencia de una de las denominadas por la doctrina “normas unívocas”³³¹ bien porque integre la parte objetiva del tipo un elemento de tal potencial acreditativo que evidencie, sin necesidad de mayor argumentación, el conocimiento de la injusticia. En supuestos en que la injusticia no se evidencia de modo tan inequívoco en el tipo objetivo (supuestos en los que, en mi opinión, no cabe afirmar la existencia de éste), si pese a ello, se afirma su concurrencia y se quiere continuar la búsqueda del delito³³² traspasando al tipo subjetivo la suplencia de las carencias de aquel, sería ya inviable el empleo de argumentos normativos de atribución o falsamente indiciarios, debiendo construirse un juicio de atribución bien mediante prueba directa, bien mediante una prueba indiciaria sólidamente construida. Aun así y dada la ambigüedad del punto (objetivo) de partida, verdaderamente se construiría la injusticia de la resolución en la parte subjetiva del tipo.

Desde la postura interpretativa que aquí he mantenido, estimo que el carácter injusto de la resolución queda fijado inequívocamente mediante la necesidad de quebrantamiento de la doble garantía de la jurisdicción, esto es, del derecho objetivo aplicable para la resolución del asunto y de los deberes esenciales del juez en orden a permitir un adecuado ejercicio de la potestad jurisdiccional a él encomendada, garantías ambas indispensables para la creación de la institución de la justicia en cada caso concreto.

El dolo exigido para la concurrencia del tipo subjetivo del injusto se ha de proyectar, por tanto, sobre ambas garantías. Asumiendo, como se ha expuesto, un concepto de dolo como conocimiento de los elementos integrantes del tipo objetivo, se materializaría en conocer el carácter inadecuado de la resolución dictada, esto es, que no era la idónea a las circunstancias del caso e, igualmente, que se estaba quebrantando, con su dictado, bien el deber de independencia, bien el deber de imparcialidad.

Dado que, en relación con ambas garantías, la concurrencia del supuesto de hecho constitutivo del quebrantamiento no deja de ser la infracción de una norma (aplicable a la resolución del caso -sustantiva o procesal- y la que fija el deber de independencia y el de imparcialidad -susceptible, a su vez, de vulnerar, por así decirlo, otras subnormas de esa general³³³-), el conocimiento ha de extenderse a conocer la norma aplicable que se infringe y su vulneración.

³³¹ Cfr. pág.52 a 55.

³³² Todo lo relativo a la injusticia de la resolución habría de quedar resuelto, de modo indiscutible, en el tipo objetivo. Mas ello, como hemos visto, no se produce en los que denominé “casos dudosos” aplicando las teorías clásicas sobre la injusticia de la resolución.

³³³ Así, por ejemplo, si se quebrantara la garantía subjetiva en forma de falla de imparcialidad, podría vulnerarse, además de ese deber genérico, la norma que obliga a abstener en caso de enemistad manifiesta, o de interés directo o indirecto en el asunto.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

Retomando el ejemplo de la prisión provisional del juez amante del marido del investigado, el conocimiento se ha de extender aquí a las circunstancias concurrentes en el caso concreto (determinantes, por ejemplo de la existencia de indicios de la comisión del hecho y de la concurrencia, o no, de los riesgos que justificarían la adopción de la decisión –vgr. fuga, reiteración delictiva-), el conocimiento de la normativa reguladora de la prisión provisional, el conocimiento del deber de imparcialidad y el conocimiento de que la adopción de la decisión por el espurio interés que la motiva quebranta ese deber y a su vez, el específico que prohíbe seguir conociendo un asunto en el que se tiene interés directo o indirecto.

En orden a la atribución del conocimiento, en este ejemplo se puede proceder mayormente de modo normativo. En concreto, respecto del conocimiento de las circunstancias del caso concreto (pues obran en autos, con lo que salvo prueba en contrario, hubo de conocer, sobre todo, porque se habrá reflejado en la propia resolución), de la normativa reguladora de la prisión provisional (no puede afirmarse que un juez la desconozca), como también del deber de imparcialidad y del específico de apartarse ante la existencia de interés en el asunto. Socialmente no sería de recibo negar que un juez en ejercicio conozca todas estas circunstancias. Hay sin embargo, una circunstancia de hecho cuya acreditación es inviable por vía normativa de atribución: el contexto de descubrimiento. Esto es, determinar que en el juez concurría ese interés espurio, del que derivan, encadenadas, las sucesivas infracciones. Ello no puede sino afirmarse mediante la prueba, directa o indiciaria. Es preciso acreditar que el juez era amante del marido del investigado, e incluso que, por dicha razón deseaba, por así decirlo, mal a aquel y que por ello adoptó la decisión. Apurando el ejemplo, lo que indefectiblemente requeriría prueba directa sería el hecho de la relación sentimental, pudiendo derivarse la animadversión por vía indiciaria (aunque lo deseable sería, desde luego, prueba directa). Sería inviable la mera atribución, pues el conocimiento social más elemental evidencia que no por el hecho de ser amante se ha de desear, necesariamente, el mal al cónyuge traicionado. El ejemplo, en todo caso, no es definitivo. La realidad puede ofrecer situaciones y circunstancias que permitan intercambiar los medios de inducción y atribución. Lo esencial será que, de modo inequívoco, por no haber alternativa razonable más plausible, se pueda afirmar el hecho determinante del quebrantamiento de la garantía subjetiva de la jurisdicción.

En la interpretación que defiende, el espacio para el dolo eventual es reducido. Esencialmente, porque al exigirse el quebrantamiento de la garantía subjetiva de la jurisdicción, el mismo es difícilmente realizable sin un conocimiento pleno del hecho determinante del mismo. ¿Cómo no se va a ser plenamente consciente de que se quiere causar mal a alguien dada la ocasión de privarle de libertad, o de que se quiere favorecer a un partido político afín al juez por admitir, tres días antes de las elecciones, una querrela, contra el candidato del partido oponente, que contiene hechos claramente atípicos?

Más factible sería admitir, aisladamente, la posibilidad de dolo eventual respecto del quebrantamiento de la garantía objetiva de la jurisdicción. Esto es, ser consciente de que la resolución del caso puede ser inadecuada o incorrecta, mas sin tener la seguridad de ello. Sin embargo, dada la concurrencia de dolo directo respecto de la infracción de la garantía subjetiva, esa falta de conocimiento es de relativa importancia, pues la conducta no podrá dejarse de atribuir a título de dolo directo, atendiendo a que con el punto de partida de falta de imparcialidad de o de independencia, muy dudosamente podrá afirmarse que meramente asumía el riesgo de una decisión inadecuada.

La expresión a sabiendas, a mi juicio, carece de trascendencia típica. Esto es, no se derivan de ella consecuencias distintas del necesario carácter doloso del hecho exigido por el art. 5 CP. Me remito a las posiciones contrarias a atribuirle consecuencias prácticas en la construcción del tipo subjetivo. La razón esencial es que identificarla con la exigencia de elementos volitivos es incompatible con el concepto de dolo que se desprende del art. 14 CP. Entender que la presencia de la expresión exige, por así decirlo, un conocimiento intensificado del tipo objetivo que excluiría, igualmente, el dolo eventual, es algo que si bien podría ser acorde con los límites semánticos de la expresión, pues su literalidad parece identificarse con algo conocido “a ciencia cierta”³³⁴. Sin embargo, en la interpretación aquí mantenida del tipo objetivo en lo relativo a qué ha de entenderse por resolución injusta, sería innecesario enfatizar la necesidad de un conocimiento intensificado, pues la infracción de la garantía subjetiva de la jurisdicción prácticamente lo exige. Y ese conocimiento intensificado absorbería, por así decirlo, un conocimiento menor de inadecuación de la resolución para la resolución del caso concreto.

A modo de conclusión puede señalarse que en el modelo de interpretación propuesto el dolo asumido es esencialmente de carácter cognitivo, sin necesidad de negar que pueda estar presente un componente volitivo, atribuible en cuanto a los hechos constitutivos del quebrantamiento de la garantía subjetiva de la jurisdicción por medio de prueba directa o indiciaria y en cuanto al conocimiento del quebrantamiento en sí de la garantía subjetiva y de la objetiva por vía de atribución normativa, añadida, desde luego, a medios probatorios directos e indiciarios. Huelga decir la importancia capital que tiene, en este modelo, reflejar en el relato de hechos probados de una eventual sentencia condenatoria los hechos constitutivos del quebrantamiento de la garantía subjetiva de la jurisdicción, con el necesario esfuerzo argumentativo a tal fin.

³³⁴ Así se define en el DRAE. Y en el Diccionario de español jurídico, “con conocimiento”. Cfr. Diccionario de español jurídico, RAE, ed. 2016. Si bien la expresión se estima que se refiere a la conductas realizadas con dolo directo.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS
DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

PARTE III

LA PREVARICACIÓN JUDICIAL IMPRUDENTE

CAPÍTULO I

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPRUDENCIA

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

Nuestra época es normativa, nuestro Derecho penal es normativo y en consecuencia, la Dogmática penal también ha de serlo. El normativismo³³⁵ podría reflejar la concepción de que el Derecho es un sistema que se explica en sí mismo, mas el sentido que se atribuye al término y sus variantes (vg. normativización, concepciones normativas) es distinto de su significación literal. Viene a reflejar que, más allá de la existencia de hechos puramente naturales o sociales el Derecho es un crisol donde todo ese material se introduce, pierde su naturaleza originaria fundiéndose con los criterios jurídicos y proporciona una nueva materia que es la que interesa al Derecho. El combustible para la fusión es la valoración. Mediante ella se decanta lo que interesa en términos jurídicos, lo que es relevante. Lo demás, es inexistente, por superfluo³³⁶. No obstante, eso sí, como afirma JAKOBS, “si se pretende que el Derecho mantenga su capacidad de conexión en la vida cotidiana, no puede contradecir de manera radical las constataciones cotidianas consolidadas”.

Se siga la Escuela que se siga, en Derecho penal se actúa con criterios normativos y la Dogmática no hace cosa más importante que identificarlos, fijarlos y desarrollarlos. Elaborar una teoría, construir un sistema o desarrollar o criticar uno ya existente no son sino ejercicios de normativismo.

En sí misma, la ley penal podría considerarse un hecho social. Tras ser analizada, real-

³³⁵ Según el diccionario jurídico de la RAE, su definición es “corriente del pensamiento jurídico que concibe el Derecho como un conjunto o sistema de normas”

³³⁶ En palabras de JAKOBS, “el Derecho genera por sí mismo el contexto normativo; especialmente, éste no quedaba preconfigurado por la naturaleza. Ésta es la idea de la normativización”. JAKOBS G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, tr. CANCIO MELIÁ y FEJOO SÁNCHEZ, *Cuadernos Civitas*, 2003, pág. 44.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

mente, pierde esa naturaleza originaria, que es desnuda y pasa a ser vestida con los ropajes de la Dogmática, sin los cuales, desde luego, difícilmente podría circular con una mínima racionalidad por los cauces del mundo jurídico, esto es, ser aplicada. Todo ese proceso de identificación de la norma y fijación (atribución más bien) de su contenido no puede sino ser un ejercicio normativo. Por ello y descendiendo ya a la cuestión que nos va a ocupar, no estimo que pueda afirmarse, por ejemplo, que el finalismo adolece de excesivo ontologismo, que el causalismo era puramente naturalista y que, en suma, sean menos “normativistas” que, por ejemplo, la teoría social de la acción o el funcionalismo sistémico. O que estas teorías se limitan a efectuar meros juicios (valoraciones) alejadas del verdadero contenido de las normas por resultarles éste indiferente³³⁷.

En suma, como construcciones fruto del pensamiento científico, es difícil no afirmar que todas las concepciones o Escuelas, ante su pretensión, más o menos totalizadora de configurar un sistema útil para la explicación y aplicación de la norma penal, forman parte de la normativización del mundo jurídico³³⁸.

La misma construcción analítica del concepto de delito obedece a esta idea de normativización. La elaboración de las categorías que lo integran, la determinación del contenido de cada una de ellas –explicitado o no por las propias normas- y su interrelación- no son sino una muestra de la normativización. No tiene por qué estimarse que sea más “normativo”, si pudiera

³³⁷ Valga como muestra la divergencia, sobre la que ya he tratado en este trabajo, de criterios sobre si el Derecho penal es un instrumento de protección de bienes jurídicos o de, exclusivamente, la vigencia de la norma. Quienes defienden la primera postura (no estimo preciso citar), que no dudo es la mayoría, oponen secularmente que las tesis funcionalistas sistémicas no se preocupan de determinar el contenido de lo prohibido, que es presupuesto y límite del Derecho penal, al poder ser utilizado sólo para los ataques más graves contra los bienes fundamentales (que se catalogan, por ello de bienes jurídico-penales), todo lo cual se diluye bajo el prisma de protección de la vigencia de la norma, mera vigencia que en sí es vacua en contenido y no susceptible de valoraciones positivas o negativas, con lo que el Derecho penal puede alcanzar una extensión ilimitada. Pues bien, la respuesta de GÜNTER JAKOBS, no puede ser, a mi juicio, más clara y comprensible: “En todo caso, optar por un derecho penal restrictivo constituye una opción de política jurídica que puede compartirse por un partidario de la tesis de que lo decisivo es la protección de la vigencia la norma. Pero la concepción de la protección de bienes jurídicos de ningún modo es sólo restrictiva pues en ciertos rumbos políticos tal concepción puede inundarlo todo: se puede proclamar como bien jurídico el mantenimiento de un determinado partido político o la pureza de una raza humana como sucedió en Alemania en la época nacionalsocialista. En suma, ambas concepciones sólo son tan legítimas como lo será el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan, siendo una tarea política pero no un contenido puramente dogmático”; *Sobre la normativización... cit.* pág. 69, 70. En la misma obra (pág. 125), viene a reconocer que piensa en un Estado europeo como Estado social (de Derecho).

³³⁸ POLAINO NAVARRETE valora el normativismo propio del funcionalismo por oposición al ontologismo del finalismo desde la perspectiva del objeto de protección del Derecho penal. Si se concibe éste como medio de protección de bienes jurídicos, la fundamentación es ontológica y si se defiende como su fin legitimador la protección de la vigencia de la norma, esa fundamentación es normativa; POLAINO NAVARRETE, M., *Estudios penales en homenaje al profesor Suárez Montes*, Fernández Teruelo, M.G. (dir.), Constitutio Criminalis Carolina, D. L., 2013, pág. 532. No entiendo esta cita. No sé cual es el título de la obra colectiva y el título del capítulo que estás citando (creo que no están identificados correctamente). Por otro lado, el título del capítulo se pone entre comillas y el del libro colectivo en cursiva.

aceptarse la expresión, atender exclusivamente a criterios objetivos de imputación para determinar la tipicidad que tomar en consideración los subjetivos, pues la propia configuración de estos (*vgr.* el propio concepto de los conocimientos especiales) es en sí un ejercicio de valoración, de decantación de lo relevante, más allá de la realidad óptica exterior a lo jurídico.

Por ello la razón última para optar por un modelo doctrinal no ha de ser si se atiende más a elementos ontológicos o normativos, o si parece más apegado a la psicología del autor que a la mera inevitabilidad de un resultado para justificar un juicio de atribución del mismo. Será la coherencia interna, la claridad de la construcción, su susceptibilidad de solucionar los problemas que presente el tipo penal al que pretenda proyectarse y en suma, la aplicabilidad del modelo propuesto a la realidad de la norma, lo que determine, en último término la decantación por una u otra teoría o la asunción de modo heterogéneo de postulados, en principio, diversos.

No quería iniciar el tratamiento del delito de prevaricación judicial imprudente sin estas consideraciones previas pues, a poco que nos adentremos en las construcciones dogmáticas sobre la imprudencia surgen con toda virulencia (meramente dialéctica) las diferencias entre los distintos sistemas elaborados en orden a la aplicación del Derecho penal, lo que, por así decirlo, dificulta el estudio de la cuestión cuando de la explicación de un tipo imprudente concreto, como es el caso, se trata.

A tal fin la exposición consistirá en un acercamiento inicial al tratamiento de la imprudencia en la dogmática penal. Es evidente que la imprudencia es una de las cuestiones que más vaivenes ha sufrido en el curso de la evolución de aquella. Sin pretensiones de exhaustividad ni de examen crítico, pues no es el lugar y adolecería de la profundidad requerida por el tema, se expondrán dos modelos que acerca del delito imprudente encontramos en la doctrina española relativamente reciente y en el funcionalismo. Posteriormente se traerán a colación las construcciones sobre el delito de prevaricación judicial imprudente obrantes en las monografías existentes y que ya se han citado, igualmente, al tratar la prevaricación dolosa. Se hará la pertinente referencia al tratamiento jurisprudencial del delito. Y paralelamente a todo lo anterior se efectuarán las consideraciones pertinentes y se enunciará una propuesta de interpretación de este tipo delictivo.

2. LA IMPRUDENCIA PENALMENTE RELEVANTE.

2.1. Encuadre normativo y dogmático

El Derecho mira con desconfianza el actuar descuidado. De ahí que, con carácter general y más allá de la vinculación que pueda existir entre distintas personas como consecuencia de relaciones jurídicas constituidas entre las mismas, se establece como principio general del

Derecho el de la responsabilidad patrimonial extracontractual, recogida en nuestro Derecho en el art. 1902 CC, a cuyo tenor “El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

No ocurre cosa distinta en el Derecho penal, que contempla como uno de los títulos de imputación de la responsabilidad penal la conducta imprudente, lo que tiene reflejo en nuestro CP en su art. 5, junto al dolo. En cuanto a la técnica de tipificación de la imprudencia, se sigue el sistema de *numerus clausus*, conforme a lo dispuesto en el art. 12 CP, siendo uno de los delitos para los que se prevé la comisión imprudente el de prevaricación judicial. Ya la sola formulación de la frase que antecede es problemática, pues la primera cuestión que ha de determinarse es si, precisamente, la imprudencia es una modalidad delictiva en sí, esto es, si el delito imprudente es un tipo autónomo, por distinto, del correspondiente que contempla la comisión dolosa, o si, por el contrario, ambos comparten el mismo tipo objetivo diferenciándose meramente por su tipo subjetivo, doloso en uno e imprudente en otro.

La opción por una u otra concepción es sumamente trascendente, pues de estar en presencia de tipos objetivos distintos posiblemente la materia de prohibición sea distinta, lo que no sucedería en caso contrario. E igualmente, dado que el tipo objetivo del delito imprudente vendría constituido por la acción imprudente en sí y su resultado, no se requeriría la construcción de tipo subjetivo alguno, dado que los elementos de carácter subjetivo, la relación del autor con el hecho, se engloban y estudian el tipo objetivo dentro del concepto de imprudencia.

Cualquiera que sea el concepto de delito imprudente que se defienda, la imprudencia plantea una serie de problemas a los que las distintas concepciones, por distintas vías y de diversas maneras han de dar insoslayable respuesta.

La primera cuestión es en qué consiste el actuar imprudente, esto es, qué se concibe penalmente hablando, por actuar descuidadamente. La segunda, qué tipo de descuidos (o riesgos) son relevantes dentro del concepto mismo de imprudencia y en tercer lugar y ya dentro del concreto tipo delictivo, cómo se vincula esa actuar descuidado al resultado lesivo que describe la figura en cuestión. O dicho de otra manera, si ese actuar descuidado y relevante en general lo fue en el caso concreto para la causación del resultado lesivo.

Como cuestión distinta pero íntimamente ligada a todo lo expuesto estaría de qué modo se ha de delimitar el hecho típico más allá de la concepción de la imprudencia por la que se opte. En nuestro caso, como se ha de delimitar el concepto de “resolución manifiestamente injusta” como resultado típico.

Procede tratar en primer lugar las cuestiones generales sobre la configuración de la imprudencia.

2.2. Cuestiones conceptuales esenciales

Es necesario comenzar, en orden a la identificación de la conducta típica, con una serie de determinaciones esenciales, como son el concepto de acción elegido y sus implicaciones para lo injusto, el concepto de injusto y su relación con el concepto de norma elegido.

Tras la evolución de la dogmática penal a lo largo del siglo XX puede afirmarse que existen dos grandes orientaciones. De un lado se situaría el finalismo, surgido como superación del causalismo y no ya en su elaboración primigenia por WELZEL sino en su desarrollo y actualización por sus seguidores, con distintas corrientes en su seno. De otro lado y simplificando, puede que en exceso, se situarían las teorías de la imputación objetiva, con manifestaciones también diversas entre las que son destacables el concepto social de acción y el funcionalismo sistémico. Con las reservas que ya se han manifestado, se suele calificar al finalismo de tener un carácter ontologicista y rígido y a las teorías de la imputación objetiva de atender a lo estrictamente normativo desvinculándose del ser a través de la mera formulación de distintos criterios de imputación siempre, como su propio nombre indica, objetivos.

Con todo, no puede negarse la existencia de vasos comunicantes entre ambas orientaciones y la aceptación por una de ciertos postulados de la otra, que son en consecuencia, asumidos generalmente.

Ciñéndonos a la imprudencia, expone HAVA GARCÍA que a pesar de todas las críticas que recibió la teoría final de la acción la mayoría de la doctrina asumió sus consecuencias principales: la conceptualización objetivo-normativa del injusto imprudente y su integración por dos elementos fundamentales, previsibilidad del resultado e infracción del deber de cuidado³³⁹. Su contenido, tomando palabras de JESCHECK, en lo relativo a la tipicidad de la conducta debería determinarse de acuerdo con el criterio de qué comportamiento sería el objetivamente debido para evitar la lesión involuntaria del bien jurídico en una concreta situación de peligro³⁴⁰.

Quedan ya expuestos, pues, los tres elementos que, con denominaciones distintas, uno u otro contenido (o a veces supresión) y con distinta ubicación van a delimitar la imprudencia: previsibilidad, infracción del deber de cuidado y peligro o riesgo.

Igualmente, indica HAVA GARCÍA que la mayoría de la doctrina prefiere adherirse a las denominadas concepciones dualistas o mixtas y entender que tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado constituyen elementos esenciales del injusto penal³⁴¹. Aparecen, pues,

³³⁹ HAVA GARCÍA E., *La imprudencia inconsciente*, Estudios de Derecho penal, Comares, Granada, 2002, pág. 113.

³⁴⁰ JESCHECK, H.H., *Tratado de Derecho penal, Parte general*, trad. de la 4ª ed. alemana, Comares, Granada, pág. 512 y 513.

³⁴¹ Al referirse a las concepciones imperantes en torno a la naturaleza de la norma penal, frente a las concepciones objetiva-valorativa (que concibe la antijuridicidad como desvalor de resultado) y subjetiva-imperativista (que concibe la antijuridicidad como desvalor de acción), señala HAVA GARCÍA que la concepción actualmente dominante centra su análisis en el carácter imperativo de la norma sin llegar a prescindir de su

indisolublemente unidos los dos aspectos de la norma, el valorativo y el imperativo. En una primera fase el legislador penal valora los bienes jurídicos que quiere proteger y el momento a partir del cual debe empezar esta tutela (lesión, peligro concreto, peligro abstracto) y en una segunda fase prohíbe, reforzando esa prohibición con una sanción penal, la realización de comportamientos que afecten a esos bienes jurídicos, en cuanto sean ejecutados en la forma y con las circunstancias previstas en el tipo³⁴².

2.3. Propuestas dogmáticas de configuración del delito imprudente

A partir de lo expuesto, las distintas escuelas proponen modelos de configuración del delito o forma de comisión imprudentes. He optado por exponer, de la forma más fiel a las obras referenciadas, dos propuestas de autores españoles que representarían dos de las grandes orientaciones vigentes en la doctrina penal, el finalismo (GIL GIL) y la imputación objetiva derivada de la teoría social de la acción (FEIJOO SÁNCHEZ), además de hacer una mención al funcionalismo sistémico de JAKOBS, lo que resulta, cuanto menos, conveniente, al haber asumido en la explicación del delito doloso ciertos postulados propios de dicho autor, a fin de determinar en qué medida sería susceptible de asunción para la configuración imprudente del delito que estudiamos. Concluirá este epígrafe con una sucinta referencia a la construcción jurisprudencial de la imprudencia.

2.3.1. La imprudencia desde un modelo finalista

GIL GIL, al exponer el delito imprudente, parte de la concepción de lo injusto imprudente como infracción de una norma de cuidado objetiva y el traslado del poder individual a la culpabilidad. Representaría el camino recorrido desde la tradicional concepción de la imprudencia como forma de culpabilidad a su ubicación en lo injusto, a partir de una idea inicial de

componente valorativo. Así, el orden jurídico se concibe ante todo como un conjunto de manifestaciones de voluntad del legislador que requieren un concreto comportamiento de los destinatarios y por ello sus normas constituyen proposiciones de deber dirigidas a cada persona; en la medida en que el Derecho debe actuar en la comunidad, su función como norma de determinación sería la preferente. *Op. cit.*, pág. 18 y 19. En este sentido y citando a ROXIN, la acción típica, en cuanto unidad de factores internos y externos (incluyendo el resultado) es el objeto de la norma de determinación y de valoración en que se basa el injusto (Cfr. ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General*, trad. de la 2ª ed. alemana, 1997 pág. 324). Matiza, no, obstante, GIL GIL, que la efectiva producción del resultado como suceso externo y separable del actuar queda fuera de la acción. Esta es la postura, según la autora, consecuente con una distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado. El desvalor del resultado pertenecerá a lo injusto tanto en consideración a los juicios de valor inherentes a las normas penales que son su presupuesto lógico, como por una comprensión del efecto preventivo general positiva de la pena, que sólo puede partir de un injusto que informe de lo efectivamente desvalorado. GIL GIL A., “Acción, norma Injusto y delito imprudente” en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, mayo-agosto 2008, pág. 96.

³⁴² HAVA GARCÍA E., *La imprudencia inconsciente... cit.*, pág. 32 a 33.

ENGISCH desarrollada después por WELZEL³⁴³, que enriqueció la imprudencia entendida como previsibilidad objetiva con el riesgo no permitido, traído de esta manera al tipo. Por tanto, la acción que infringe el cuidado objetivamente debido se entiende como el primer elemento del tipo de los delitos imprudentes, identificándola, a su vez, con el riesgo no permitido (la norma que prohíbe realizar acciones fuera del riesgo permitido). Estima GIL GIL que el fundamento de la tipicidad del delito imprudente es la infracción de la norma que prohíbe actuar descuidadamente, sin respetar las cautelas, lo que supone reconocer la existencia de normas de cuidado, establecidas de forma expresa por el legislador, que señalan el límite entre el riesgo permitido y el no permitido, de manera que sólo cuando la norma no está establecida expresamente para la situación concreta (bien porque se trata de una actividad no regulada o porque estemos ante una situación atípica dentro de una actividad sí regulada) es necesario descubrir la norma no expresa conforme a determinados criterios³⁴⁴.

Pasa a primer término de la esencia del delito imprudente el desvalor de la acción. El delito imprudente no desvalora cualquier peligro para el bien jurídico (ni siquiera los peligros más graves, pues existen riesgos muy graves necesarios y tolerados) sino las acciones descuidadas, acciones peligrosas que exceden de unos determinados límites marcados por la tensión entre las necesidades sociales de utilización de los bienes jurídicos y las necesidades de su protección. Por tanto, el primer elemento del delito imprudente será la acción contraria a la prohibición de actuar descuidadamente. Es preciso identificar la acción típica con la contraria al contenido de la norma de determinación³⁴⁵. Después se examinaría si el resultado producido es precisamente de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida para poder incluirlo en lo injusto del delito imprudente en cuestión³⁴⁶. Qué infracciones del cuidado debido merecen ser consideradas ilícito penal y no mero ilícito administrativo viene marcado no sólo por la exigencia de un resultado que aumente ya lo injusto del hecho, sino también por determinadas exigencias de gravedad de la infracción incorporadas al tipo³⁴⁷.

Lo esencial para esta autora es identificar conductas prohibidas y permitidas mediante características de las mismas que el sujeto pueda identificar *ex ante* acción, lo que sólo se puede conseguir relacionando la tipicidad con el contenido de la norma de determinación, pues el riesgo permitido no es sino el anverso de la conducta prohibida. No se trataría, pues, de una mera cuestión de valoración de una conducta comparándola con la conducta ideal, dado que esa conducta

³⁴³ En WELZEL, *Studien Zur System des Strafrechts*, en ZStW 58, 1939, pág. 75 y 103.

³⁴⁴ GIL GIL, A. *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos de resultado*, Atelier Libros, Barcelona, 2007, pág. 222 y 223.

³⁴⁵ Que identifica con la prohibición general de actuar de determinada manera: descuidadamente, fuera del riesgo permitido.

³⁴⁶ GIL GIL, A., *El delito imprudente...cit.* pág. 224 y 225.

³⁴⁷ GIL GIL, A., *El delito imprudente...cit.* pág. 228.

ideal no tendría relevancia sino porque es el contenido de la norma de determinación³⁴⁸.

Desmenuza GIL GIL en su monografía el proceso de construcción del tipo imprudente, a través del cual se ha de llegar a determinar la conducta prohibida.

Para la averiguación de la norma subyacente al delito imprudente es preciso identificar en primer lugar la situación en la que va a actuar el sujeto, a fin de determinar los peligros previsibles y su medida. A continuación habrá que decidir la norma aplicable a esta situación como resultado de la ponderación de intereses: vista la situación, la peligrosidad de las distintas alternativas de conducta y su utilidad social habrá que decidir cuáles ya no están permitidas. Ello implica desde el punto de vista del legislador ir realizando previsiones y ponderaciones de las distintas modalidades de realización de una actividad hasta que se da con la conducta concreta que supone el límite de lo prohibido y lo permitido. Una vez diseñada la forma de realizar la actividad que se considera permitida y las que se consideran prohibidas, para comprobar la tipicidad habrá que comparar la conducta realizada con la prohibida –la realizada sin las cautelas que la convertían en permitida-. Para diseñar esa conducta se tendrán en cuenta los conocimientos mas no las capacidades especiales del autor, pues allí donde está permitido realizar esa actividad sin esas capacidades especiales la conducta realizada sin utilizarlas no puede ser contraria a la norma³⁴⁹.

En el enjuiciamiento de la situación en que se actúa sólo se tendrán en cuenta los datos ontológicos conocidos o cognoscibles en ese momento (*ex ante* acción), que se refiere a los que el sujeto conocía y tenía obligación de conocer, los que hubiera conocido de no infringir normas de cuidado anteriores.

Para la concreción de la situación y sus riesgos se ha acudido tradicionalmente al criterio de la previsibilidad objetiva. A efectos de su determinación se distinguen, abandonado el criterio del hombre más inteligente y experimentado, tres posibilidades: los conocimientos que tendría una persona inteligente en esa situación en el momento de comenzarse; los pertenecientes al rol o competencia del autor mas no los que excedan de ella³⁵⁰; los que tendría una persona inteligente y sensata del círculo o profesión, opción esta última por la que opta GIL GIL. En su opinión, cuando una actividad está muy regulada, el modelo o rol sirve para conocer inmediatamente toda una serie de obligaciones previas que incumben a quien no quiere incurrir en la prohibición última. Cuando esto no se da, se ha de partir de la fórmula necesariamente más abstracta de lo que hubiera debido conocer el ciudadano inteligente y sensato que decide

³⁴⁸ GIL GIL, A., *El delito imprudente...cit.* pág. 225 y 226.

³⁴⁹ GIL GIL, A., *El delito imprudente...cit.* pág. 241 a 243.

³⁵⁰ JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, 2ª ed. corregida, 1997, pág. 238 y ss.

enfrentar a esa actividad³⁵¹.

Una vez determinada la situación en la que actúa el sujeto y establecida la peligrosidad abstracta que representa la conducta a la vista de esa situación, se ha de decidir si la conducta está prohibida o permitida, esto es, si los riesgos identificados son permitidos o prohibidos, lo que será resultado de una ponderación en la que intervienen números factores para cuya resolución debemos guiarnos por las valoraciones del ordenamiento. Cuando no está expresado este resultado en normas penales o extrapenales se estará al criterio del hombre inteligente y sensato de la misma profesión o círculo, que expresa la decisión del ordenamiento sobre la conducta peligrosa³⁵².

Estima GIL en relación con esta ponderación final, que no se pueden dar más pautas generales, pues habrá de analizarse el valor que se otorgue a la conducta en su configuración concreta y los concretos riesgos que representa en cada caso, así como la posibilidad o la conveniencia de modificarlo mediante la exigencia de cautelas que a la vez limitan el riesgo y el ejercicio de la actividad. De acuerdo con PAREDES³⁵³ el hombre cuidadoso es un modelo ideal de conducta normativamente construido, válido como pauta ideal de conducta para un determinado sector del tráfico jurídico. Su definición no puede hacerse de modo general, sino teniendo en cuenta las exigencias y valoraciones del ordenamiento en cada situación concreta. Es por tanto, una tarea de interpretación de cada tipo concreto de la parte especial a la vista de la situación concreta, de los factores cuya interacción se teme, del riesgo que amenaza y el bien jurídico amenazado, atendiendo también a las valoraciones que se puedan extraer de las posibles regulaciones de la actividad para situaciones diferentes a aquella que estamos tratando. En suma, hay que averiguar qué exige el ordenamiento en esa situación concreta ante el riesgo de interacción con ese factor determinado que puede llevar a un concreto resultado³⁵⁴.

Fijado el ámbito de riesgo en que se desarrolló la conducta, esto es, si era permitido o no permitido y si el sujeto infringió la norma que le obligaba a actuar cuidadosamente en el segundo caso, ha de determinarse si el resultado es imputable a la acción eventualmente descuidada.

Debe existir un determinado nexo normativo, más allá de la mera causalidad, entre la acción descuidada y el resultado lesivo. Para GIL GIL³⁵⁵ el principio del ámbito o fin de protección de la norma es el fundamento esencial del nexo normativo, respondiendo otros criterios a la tipicidad de la conducta, que es un momento anterior, o resultan innecesarios o contenidos en

³⁵¹ GIL GIL, A., *El delito imprudente...cit.* pág. 244 a 248.

³⁵² GIL GIL, A., *El delito imprudente...cit.* pág. 264 y 265.

³⁵³ PAREDES CASTAÑÓN J. M., *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995, pág. 334.

³⁵⁴ GIL GIL, A., *El delito imprudente...cit.* pág. 281 y 282.

³⁵⁵ GIL GIL, A., *El delito imprudente...cit.* pág. 345 a 347.

otros³⁵⁶. Es el único criterio, a juicio de GIL GIL, necesario para determinar la imputación del resultado en el delito imprudente (y también en el doloso, señala).

El desvalor del resultado es un reflejo del desvalor de la acción, representando la lesión que el ordenamiento no tolera frente a otras formas de lesión que, en cambio, se consideran resultado de la preferencia del ordenamiento por la libertad de realización de la conducta. Para su aplicación se ha de analizar el suceso desde un punto de vista fáctico y *ex post*. Una vez concretada la norma subyacente al tipo de resultado, habrá de identificarse qué riesgos se trata de impedir y finalmente confrontarlos con el suceso concreto y decidir si son los riesgos prohibidos los que se han realizado en el resultado u otros para cuya evitación no estaba pensada la norma³⁵⁷.

Como conclusión a esta construcción puede decirse que, en consecuencia, la averiguación de la conducta típica del delito imprudente no es una cuestión esencialmente de imputación objetiva, sino de determinación de la conducta que infringe la norma de cuidado, esto es, la prohibición de realizar una conducta descuidada, fuera del riesgo permitido³⁵⁸.

2.3.2. La imprudencia desde una concepción teleológico-valorativa de la teoría del delito

³⁵⁶ Como tales cita el criterio de la conducta alternativa conforme a Derecho, que se refiere a supuestos en que el resultado se hubiera producido igualmente actuando cuidadosamente. Es un criterio auxiliar que permite comprobar si el resultado pertenece al ámbito o fin de protección de la norma mediante la reflexión de que aquellos resultados inevitables siguiendo la norma de cuidado no pueden pertenecer a su fin de protección sino que serán una concreción del riesgo permitido. GIMBERNAT es de la misma opinión. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus Madrid, 1966, pág. 138. FEIJÓO combate este criterio señalando que no es más que un supuesto de riesgo permitido; FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio de los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 136 y ss. E igualmente alude GIL (*El delito imprudente...cit.* pág. 367) a la teoría del incremento del riesgo, que afirma que el resultado será la realización de la lesión del deber de cuidado cuando ésta haya dado lugar a un riesgo real que supere la medida tolerada de riesgo. A tal efecto se compara la conducta infractora del cuidado con la conducta correcta y si la primera ha aumentado, según los datos conocidos *ex post*, la probabilidad del resultado, éste se imputa y de lo contrario no. Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pág. 207 y ss; Sostiene GIMBERNAT que, sin embargo, en estos casos se da la imprudencia porque concurren todos sus requisitos: foco de peligro a consecuencia de un comportamiento negligente activo que rebasa el riesgo permitido, causando el resultado típico. Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E. “Causalidad, omisión e imprudencia” en *ADPCP*, 1994, pág. 30 a 32.

³⁵⁷ GIL GIL, A., *El delito imprudente...cit.* pág. 382 a 384.

³⁵⁸ No obstante lo cual, admite GIL GIL la utilización de criterios que limitan la imputación objetiva del resultado, especialmente, el del fin de protección de la norma, del que el comportamiento alternativo conforme a derecho sería un mero medio auxiliar. Cfr. GIL GIL *op. cit.* pág. 382 a 390, donde resuelve por esta vía, por ejemplo, el caso del farmacéutico que dispensa un medicamento recetado incorrectamente sin consultar la receta.

Para FEIJÓO³⁵⁹, si bien ENGISCH Y WELZEL implantaron una estructura formal del delito imprudente con bastante aceptación en doctrina y jurisprudencia, ante las dificultades que ofrece tal figura delictiva³⁶⁰, se ha ido imponiendo gradualmente una tendencia más pragmática que ha pretendido ofrecer soluciones a problemas concretos, desarrollada a través de la teoría de la imputación objetiva a partir de los años 60, aunque todavía no se haya alcanzado un acuerdo definitivo sobre cómo debe quedar constituida una teoría del injusto personal desarrollada desde los presupuestos de esta teoría. Describe GIMBERNAT que la teoría de la imputación objetiva surge en los años 60 y 70 del pasado siglo y desde entonces pasa a ocupar en la teoría del delito el papel central que desde finales del siglo XIX habían desempeñado primero las teorías de la causalidad y posteriormente las de la acción³⁶¹.

Resume FEIJÓO las aportaciones de dicha teoría, que se despliega en el marco de una explicación funcional o teleológico-valorativa del Derecho penal o una concepción funcional o teleológico-valorativa de la teoría del delito, en torno a las siguientes ideas:

- Supera una visión formal de la tipicidad tomando como referencia como criterio interpretativo no sólo el bien jurídico, sino otros principios como el de autorresponsabilidad o el de delimitación de ámbitos de decisión, de modo que el tipo objetivo no se circunscriba a la constatación de una relación causal, sino que se proyecten sobre el mismo criterios adicionales de imputación del resultado en lo que viene a ser, en conjunto, una restricción teleológica de los tipos penales.

- Dolo e imprudencia no son conceptos ontológicos o psicológicos, sino estrictamente normativos. En este contexto, los datos personales del autor (conocimientos, finalidades, capacidades o experiencias) son relevantes en la medida que tengan como referencia un hecho objetivamente definible como de relevancia penal y se basen en representaciones de la realidad con

³⁵⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio de los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del "fin de protección de la norma de cuidado"*, Bosch, Barcelona, 2001, pág. 234 a 236.

³⁶⁰ La crítica tradicional al finalismo es la incompatibilidad del concepto final de acción con las características inherentes a una acción imprudente. Esto es, que no es viable, pese a los denodados intentos de WELZEL, defender un concepto unitario de acción útil al tipo doloso y al imprudente.

³⁶¹ Y según el mismo autor, trata de resolver viejos problemas que ya están ahí, ocupando a doctrina y jurisprudencia como grupos de casos especialmente problemáticos que eran abordados con las distintas teorías de la causalidad y posteriormente con las de la acción, negándose relaciones de causalidad realmente existentes o la concurrencia de comportamientos humanos también realmente existentes; GIMBERNAT ORDEIG, E., "A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad", *Nuevo Foro Penal* n° 82, enero-junio de 2014, Universidad EAFIT, pág. 85. De ahí que la describa como "un fantasma que recorre los tipos" y se tienda a "integrar el fantasma en lo tangible: los resultados inimputables objetivamente no son típicos porque no son acción o no son causales, con lo que se tergiversa el concepto de acción o el de causalidad y se sigue sin saber lo que es la imputación objetiva()La imputación objetiva es, pues, positivamente, un elemento normativo del tipo y negativamente un elemento del tipo que se distingue de los restantes en que la ley no lo mencionada para nada". GIMBERNAT ORDEIG, E., "Qué es la imputación objetiva...", *cit.* pág. 177.

relevancia social o comunicativa.

En este contexto conceptual, la infracción del deber de cuidado es un elemento del tipo (imprudente) en el marco de una teoría de la imputación objetiva que no se restringe a imputar resultados, sino a una construcción normativa o valorativa de la tipicidad³⁶².

Respecto del contenido y fundamento de la norma de cuidado, parte FEIJÓO de que para poder imputarle jurídico-penalmente un hecho a una persona no basta que ese hecho se subsuma en el tipo objetivo, sino que es preciso que ello suponga la objetivación de una decisión previa de esa persona que pueda calificarse como dolosa o imprudente (*ex art. 5 CP*). En el ámbito que tratamos, sólo podría imputarse un hecho típico cuando sea fruto de una decisión imprudente (infracción de la norma de cuidado). A diferencia de los finalistas, sostiene, las decisiones individuales han de ser siempre valoradas objetivamente por el juzgador de acuerdo con los criterios recogidos de forma expresa o tácita en el Libro I CP³⁶³.

Al autor imprudente se le debe imputar mediante un juicio retrospectivo la infracción de la norma de conducta o de la norma de cuidado o lo que es lo mismo, la creación de un riesgo jurídico-penalmente desaprobado. Esta imputación de la infracción de la norma de cuidado o del riesgo típico se debe realizar de acuerdo con parámetros o criterios objetivos: valorar si la decisión del autor previa al hecho objetivo es una decisión que cabe esperar de un ciudadano que se presupone motivado³⁶⁴ para cumplir las normas de cuidado; si no es así, se habrá infringido la norma de conducta que caracteriza al injusto imprudente. Se trata, en suma, de valorar si una persona en el Derecho debe o no comportarse de esa manera³⁶⁵.

Advierte FEIJÓO que no se debe confundir una imputación conforme a criterios normativos con una imputación ficticia de la norma de conducta (de cuidado). Esto es, no se puede presuponer que el autor, en el momento de cometer el hecho, se encontraba dotado de todos los posibles conocimientos (ontológicos y nomológicos). Para el autor, con ello no estaríamos olvi-

³⁶² Sistematiza GIMBERNAT que la teoría de la imputación objetiva “supone una clarificación y con ello un avance en la comprensión del tipo objetivo, dando a cada uno lo suyo: lo que en el tipo objetivo es ontológico “la causalidad- debe decidirse, consecuentemente, también con consideraciones avalorativas, a saber: con la teoría de la condición; y lo que es valorativo debe decidirse con criterios de carácter normativo, a saber, con la teoría de la imputación objetiva”. De ahí que “la ausencia de acción, dolo o imprudencia, relación de causalidad nos basta y nos sobra ya para fundamentar la ausencia de tipicidad. La imputación objetiva sería el último filtro (y es de carácter normativo) que tiene que recorrer un comportamiento doloso o imprudente causante del resultado típico para que pueda afirmarse que concurre en él, definitivamente, el elemento del delito de la tipicidad”; GIMBERNAT ORDEIG, E. “A vueltas con la imputación objetiva...”*cit.*, pág.86.

³⁶³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 241 y 242. A veces usas *op cit* y otras el comienzo del título seguido de puntos suspensivos y *cit.* Además de que tienes que homogeneizar criterios, creo que es mejor la segunda fórmula porque sirve para cuando has citado previamente distintas obras de ese autor.

³⁶⁴ Ya en sede de culpabilidad se analizará si podía comprender la ilicitud del hecho y se podía motivar actuar conforme a esa comprensión.

³⁶⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 243 y 244.

dando de que el Derecho penal no regula conductas de superhombres, sino de seres humanos que tienen limitaciones. Por ello, para realizar la valoración normativa se ha de atender a las circunstancias del hecho y a las personales del autor. Más en concreto, los datos objetivos de la situación concreta que esa persona había llegado a conocer o que tenía a su disposición y los conocimientos, capacidades instrumentales y experiencias que el autor ha ido adquiriendo a lo largo de su vida y antes del hecho³⁶⁶.

Por lo expuesto, es indispensable la determinación del “contexto”. Una decisión no se puede descontextualizar –quitando o añadiendo circunstancias o datos- pues la imputación pasaría a ser ficticia y transformaría la conducta en completamente distinta a la efectivamente acaecida en la realidad. Una conducta, razona FEIJÓO, sólo se puede desvalorar enmarcada en un determinado tiempo y lugar y teniendo en cuenta las circunstancias que el autor podía y debía tener en cuenta y podía y debía dominar. De lo contrario, se puede imputar cualquier cosa a cualquier persona³⁶⁷.

Por tanto, los datos psíquicos (experiencias, conocimientos intenciones) deben ser valorados pero en el tipo subjetivo, que serán tratados normativamente como elementos a tener en cuenta a la hora de imputarle objetivamente la infracción de la norma de cuidado³⁶⁸.

El deber objetivo de cuidado tiene su fundamento en el comportamiento que se espera de un ciudadano motivado a respetar el Derecho. Al adscribir al sujeto la capacidad de actuar libremente se puede establecer el deber de que se planifiquen o se tenga cuidado con las conductas que encierran un potencial lesivo para los demás. Con la existencia del deber de cuidado se pretende evitar injerencias ilegítimas en las esferas de organización ajenas que vulneren los derechos de otros como personas. Estos niveles mínimos de cuidado son necesarios para la pervivencia y desarrollo de nuestro sistema social. Y ciertos deberes de cuidado surgen de la posesión de posiciones jurídicas especiales, oficios o cargos que generan deberes de cuidado especiales para ciertas personas y legitiman la creación por parte del legislador de determinados tipos imprudentes en la Parte especial conforme a criterios político criminales³⁶⁹.

En suma, en un Estado moderno es preciso asegurar la confianza general en la vigencia de ciertas normas de cuidado y mantener el respeto general a dichas normas como elementos irrenunciables para la convivencia entre ciudadanos³⁷⁰. Este fundamento es el mismo en el delito doloso que en el imprudente y consiste en la decisión de realizar un hecho a pesar de que el autor tiene motivos para que un ciudadano que actúe de acuerdo con las normas (en el

³⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 245 y 246.

³⁶⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 247.

³⁶⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 248.

³⁶⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 257 y 258.

³⁷⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 259.

delito imprudente, con las normas de cuidado) tenga que decidir no llevar a cabo esa acción u omisión. Se infringe la norma de conducta porque el autor tiene datos suficientes a su alcance para que el ordenamiento espere que no tome esa decisión.

Y aun cuando la imprudencia significa siempre una falta de conocimiento suficiente del hecho típico, como ENGISCH puso de manifiesto, el injusto imprudente no tiene su fundamento en la ignorancia, sino en actuar con la falta de cuidado, atención o diligencia que el autor tenía el deber de aplicar³⁷¹.

Se admite en esta construcción el riesgo permitido como criterio de determinación del deber de cuidado. En palabras de FEIJÓO plasma la idea de que la imprudencia no siempre va determinada por todo el cuidado posible para el autor, sino también por el cuidado mínimamente necesario en la vida de relación³⁷².

El riesgo permitido es un instituto básico de la teoría del delito para determinar cuál es el cuidado necesario en el tráfico, pero esa determinación depende de una ponderación de intereses extrapenal que determina el contenido y límites de la norma de cuidado. Corresponderá al juez o al dogmático discernir cuál es el límite de lo tolerado o asumido por la comunidad jurídica³⁷³. Y el riesgo admisible es proporcional a la utilidad social de la actividad³⁷⁴, esto es, a mayor utilidad mayor nivel de tolerancia. Sólo se puede imputar el resultado, pues, a la persona que ha creado un riesgo jurídico penalmente desaprobado que se ha realizado o concretado en el resultado³⁷⁵.

Sobre esta base, lo que desaprueba la norma penal no es la creación, el favorecimiento o la no evitación de una determinada probabilidad de lesión, sino crear, no favorecer o no evitar un riesgo típico de forma contraria a deber (esto es, en términos normativos, no meramente naturalísticos)³⁷⁶.

Para la determinación del deber de cuidado en los tipos de resultado tiene exclusiva relevancia, pues, el riesgo permitido. Puesto que estos tipos protegen el bien jurídico de la manera más amplia posible, los límites a la imputación se deben basar primordialmente en el tipo subjetivo, donde se analiza la infracción del deber de cuidado³⁷⁷.

Ya en esta sede, identifica el elemento intelectual del deber de cuidado con la previsibilidad objetiva. Expone FEIJÓO que sólo se puede exigir que sea cuidadoso con un riesgo a

³⁷¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 259 y 260.

³⁷² FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 267 y 268.

³⁷³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 269 y 270.

³⁷⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 269 a 271.

³⁷⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 319.

³⁷⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 272 a 278.

³⁷⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 279.

aquella persona que, al menos, tiene a su alcance la peligrosidad estadística o general de su conducta. Si no la conoce, no se le puede imputar nada. Si a pesar de conocer la peligrosidad abstracta de su actuación una persona no hace nada para controlar su lesividad o decide igualmente realizar esa actividad estará infringiendo el deber de cuidado, pues para ser cuidadoso debe adoptar medidas adicionales o simplemente no realizar la actividad si no es capaz de excluir la posibilidad de lesión. Por el contrario, si el autor se llega a dar cuenta que con su actividad pone en concreto peligro a otra persona o sus bienes y a pesar de ello decide seguir adelante, ya no se podrá hablar de imprudencia, sino de dolo³⁷⁸.

Más allá del criterio de la peligrosidad estadística o general de la conducta, no entra el citado auto en mayor concreción de en qué ha de consistir la conducta descuidada. Sin embargo, trata la cuestión en relación con las actividades normadas administrativamente y en relación con los riesgos en ámbitos con un standard técnico o ámbitos con determinados usos o hábitos. Se refiere con esto último a ámbitos sociales donde no es posible determinar legal o reglamentariamente un estándar debido a la multitud de circunstancias que pueden determinar lo correcto en cada caso concreto o debido a que se encuentra en continuo desarrollo científico. En estos casos estima FEIJÓO que el ordenamiento no tiene más remedio que confiar en el estándar técnico o en la opinión mayoritaria de los especialistas del ramo. Esto es, las medidas de precaución, cuidado o seguridad que la mayoría de especialistas de ese círculo del tráfico aceptan como válidas para controlar los riesgos operan como indicio para determinar el deber de cuidado.

Cuando existen estas *lex artis* estandarizadas, si en una situación estándar se utiliza alguno de los remedios, técnicas o terapias admitidos, el profesional se habrá comportado de forma prudente. El apartamiento de la regla o las precauciones sin ningún motivo objetivamente racional es una conducta que infringe el deber de cuidado³⁷⁹.

Como límite normativo de la previsibilidad objetiva alude al principio de confianza, cuya función es delimitar el alcance de la norma de cuidado determinando los límites del deber de cuidado, atención o diligencia con respecto a la actuación de terceras personas³⁸⁰. Significa que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro y opera como un fundamento de la atipicidad de la conducta dentro de la idea general del riesgo permitido.

Y finalmente trata del fin de protección de la norma como criterio básico de imputación de resultados a título de imprudencia. Indica FEIJÓO que la falta de cuidado o diligencia debe abarcar la producción del resultado típico para poder imputar éste a título de imprudencia, o dicho de otra manera, el resultado ha de ser consecuencia de la infracción de la norma de

³⁷⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ B., *op. cit.* pág. 262 y 263.

³⁷⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ B., *op. cit.* pág. 307 a 311.

³⁸⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ B., *op. cit.* pág. 318 y 319.

cuidado y no de otro riesgo. Ello se concreta en el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”, que consiste en constatar que el suceso (tanto el riesgo como el resultado) es uno de los sucesos que la norma de conducta (norma de conducta penalmente relevante) trata de evitar³⁸¹.

No se trata de un criterio unívoco sino que se le pueden otorgar diversos contenidos dependiendo de la concepción de la imprudencia que se profese y de cómo se determine le deber de cuidado³⁸².

Sin embargo también asume el criterio del alcance del tipo. Se enmarca en los criterios o principios interpretativos que ha acuñado la teoría de la imputación objetiva para, en el caso de los delitos de resultado, permitir una exclusión de las causaciones de resultados que carecen de relevancia típica.

Expone FEIJÓO que bajo esta expresión (el criterio del alcance del tipo) se hace referencia a ciertas cuestiones que no tiene que ver con la dogmática de la imprudencia sino más bien con la delimitación del alcance del tipo objetivo o con los requisitos y límites objetivos de ciertas figuras de la parte especial o de ciertos grupos de tipos, como por ejemplo, los de resultado lesivo. Bajo este prisma se puede limitar la responsabilidad por imprudencia mediante una interpretación teleológico-restrictiva del tipo.

Como quiera que en un principio se englobaba en la expresión “fin de protección de la norma” la referencia a la norma de cuidado y al alcance de la correspondiente figura delictiva, se ha extendido la propuesta de ROXIN de englobar este segundo grupo de problemas bajo el criterio “alcance del tipo”³⁸³.

2.3.3. El delito imprudente para JAKOBS

Construcción diversa de la imprudencia, desde una perspectiva funcionalista sistémica, hace JAKOBS. Para el autor alemán, tanto el dolo como la imprudencia son formas de evitabilidad. La imprudencia es aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse, lo que sirve para la delimitación respecto del dolo, en el que la cognoscibilidad evoluciona a conocimiento. La evitabilidad misma existe sin consideración a la existencia o falta de conocimiento, debido sólo a la cognoscibilidad. Por ello, la imprudencia, frente al dolo, es, con sus elementos positivos, el concepto más general (al igual que el dolo eventual frente al dolo directo). Si en el proceso no se logra demostrar el conocimiento, habrá

³⁸¹ FEIJOO SÁNCHEZ B., *op. cit.* pág. 323 y 324.

³⁸² FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 337.

³⁸³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 339. Con el alcance del tipo se viene a aludir a un criterio restrictivo de interpretación de aquel a fin de evita resultados indeseados.

que condenar por imprudencia³⁸⁴.

Por tanto, la acción imprudente es una acción evitable (evitabilidad equivale a previsibilidad) pero no que en todo caso haya de evitarse individualmente de modo razonable y ni siquiera que haya de evitarse jurídicamente en todo caso. Esto es, existe con independencia de la valoración jurídica y es algo natural en este sentido. El deber de cuidado o su infracción que determine la imprudencia no es más que el deber que surge de la norma y sólo este deber se infringe. Negando, pues, un deber especial de cuidado o similar, no toda previsibilidad de una consecuencia constituye una imprudencia jurídico-penalmente relevante, sino que las limitaciones del tipo objetivo que se efectúan por medio de la imputación objetiva también afectan a la imprudencia³⁸⁵. Penalmente relevante es sólo la previsibilidad de aquel riesgo que sobrepasa el riesgo permitido y que además es objetivamente imputable³⁸⁶.

En los delitos imprudentes no es preciso, pues, detallar el comportamiento prohibido mediante la indicación de lo contrario a cuidado, pues hay tantas modalidades de actuar imprudente como doloso. Este empaquetamiento de lo imprudente en el concepto de lo contrario a cuidado no da por resultado ninguna precisión de lo prohibido que vaya más allá de lo que hay que mencionar de todos modos: la cognoscibilidad de un riesgo ya no permitido³⁸⁷.

En definitiva, la previsibilidad objetiva no desempeña ninguna función que no desempeñe ya el riesgo permitido y es tan superflua como lo sería un dolo objetivo. Por tanto, al injusto de la imprudencia pertenece la previsibilidad subjetiva y el injusto depende de las capacidades del autor respectivo para evitar la acción porque sus efectos vayan a realizar un tipo. Esta individualización corresponde también con la función del Derecho penal que no garantiza la expectativa de que todos los hombres estén capacitados por igual, sino sólo la expectativa de motivación fiel al Derecho³⁸⁸.

2.3.4. Breve referencia a la configuración jurisprudencial del delito imprudente

Desde el punto de vista de la conceptualización general de la institución se señala por el TS que el delito imprudente aparece estructuralmente configurado, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga

³⁸⁴ JAKOBS G., *Derecho Penal. Parte General cit.*, pág. 382.

³⁸⁵ JAKOBS G., *cit.* pág. 384.

³⁸⁶ JAKOBS G., *op. cit.* pág. 385. NOTA 50: La aserción de que el requisito de la imputabilidad objetiva y la cognoscibilidad del riesgo ya objetivamente no permitido diluiría la determinación individual de la imprudencia es absurda dogmáticamente. Lo objetivo es punto de referencia de lo subjetivo tanto en el dolo como en la imprudencia sin que, no obstante la referencia, se convierta en objetiva; el tipo subjetivo no es objetivo porque tenga que referirse al tipo objetivo.

³⁸⁷ JAKOBS G., *op. cit.* pág. 388.

³⁸⁸ JAKOBS G., *op. cit.* pág. 388 y 389

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado. A estos requisitos ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado (vínculo normativo o axiológico)³⁸⁹.

El TS se decanta por distinguir dentro del deber objetivo de cuidado la previsibilidad objetiva, que la denomina "deber subjetivo" y el cuidado externo conforme al cuidado debido. Por su parte, también distingue, en relación con el riesgo, el que viene dado al autor en la situación en la que actúe y el que es generado por la infracción del deber de cuidado. Finalmente y partiendo de la necesaria existencia del nexo causal, exige la imputación objetiva de la conducta identificándola con que el resultado materialice el riesgo.

Parece, pues, que la jurisprudencia, aun partiendo de una concepción no muy alejada del finalismo, acoge los postulados de la teoría de la imputación objetiva.

³⁸⁹ A título de ejemplo y en los mismo términos, las SSTs 1089/2009 de 27 de octubre y 552/18 de 14 de noviembre.

CAPÍTULO II

LA PREVARICACION JUDICIAL COMO DELITO IMPRUDENTE

1. ORÍGENES Y FUNDAMENTO DE LA TIPIFICACIÓN

Expone RAMOS TAPIA que ya el CP 1822 contemplaba la sanción de esta conducta aunque sin llamar prevaricadores a sus autores, lo que reservaba a la comisión “a sabiendas”. El CP 1848 limitó el castigo de la prevaricación a la realizada a sabiendas y en sentencia manifiestamente injusta. Y el CP 1870³⁹⁰ suprimió la exigencia de una injusticia manifiesta en la prevaricación “a sabiendas” e introdujo el castigo del juez que por negligencia inexcusable o ignorancia inexcusable dictare en causa civil o criminal sentencia manifiestamente injusta. La fórmula del CP 1870 ha permanecido invariable hasta el CP 1995³⁹¹ si bien, en éste, se ha sustituido negligencia inexcusable por imprudencia grave y ha extendido el ámbito objetivo a toda clase de resoluciones, no sólo las sentencias³⁹².

En orden a la justificación de la existencia de esta figura delictiva, no estima RAMOS TAPIA que la misma haya de venir de la mano de incardinar en el tipo imprudente los supuestos en que es difícil acreditar la concurrencia del tipo subjetivo de la prevaricación judicial dolosa. Estima la autora que si el art. 446 se interpreta de modo que abarque el dolo eventual y se tome en cuenta la validez de la prueba indiciaria para la comprobación de la concurrencia de un elemento subjetivo como el dolo, en una concepción cognitiva del mismo, la constelación de casos que quedan fuera de su ámbito típico se reduce a aquellos en los que el juez decide sin conciencia de la injusticia de su resolución, bien porque de manera indebida haya descartado la posibilidad de la contrariedad a Derecho de la resolución, bien porque ni siquiera se ha repre-

³⁹⁰ Alude RAMOS TAPIA (*El delito de prevaricación judicial*, cit. pág. 420 y 421) a que, aunque Pacheco se opuso a la tipificación de la prevaricación imprudente señalando que, “de acuerdo con el idioma común y con la razón universal” sólo merecía ser llamado prevaricador el juez que actuaba a sabiendas, ello no suponía que se opusiera a la exigencia de responsabilidad al juez que resuelve injustamente por ignorancia o negligencia. Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación...* cit. pág. 361.

³⁹¹ TORÍO LÓPEZ, se muestra en contra afirmando que “la creación de delitos culposos de los funcionarios públicos constituye una capitulación injustificada de los principio de subsidiariedad e intervención mínima animadores del derecho penal”, al margen de ser desconocida en Derecho comparado. TORÍO LÓPEZ, A., “Delitos de imprudencia, Cuestionario de la reforma” en *Estudios homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Tomo IV* Civitas Madrid pág. 5199 y ss. RAMOS TAPIA afirma que, *de lege data*, los mecanismos extrapenales se limitan a la responsabilidad civil o a la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado por error en la administración de justicia, sin que pueda utilizarse la vía disciplinaria para exigir responsabilidad a los jueces por dictar resoluciones “manifiestamente injustas” pues la LOPJ no permite al CGPJ entrar en el control del contenido de las resoluciones judiciales pues podría afectar a la independencia del juez.

³⁹² RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial* cit. pág. 419 a 421.

sentado la misma³⁹³. Entiende que la justificación del delito puede hallarse en el especial deber de cuidado del sujeto activo del delito en función de su profesión, oficio, cargo o posición jurídica, entendiendo que el delito no va dirigido a controlar la corrección material de la solución adoptada por el juez (lo cual es propio de los recursos) ni a sancionar al juez que se equivoca, sino al que administra justicia sin observar el mínimo cuidado exigible al juez en el ejercicio de su función jurisdiccional³⁹⁴, esto es, no debe confundirse el error judicial con la *mala praxis* del juez. Y mucho menos debe considerarse como supuesto de prevaricación imprudente la opción del juez por una de las alternativas de interpretación posible del derecho aplicable, independientemente de lo discutible que sea su opción hermenéutica en la doctrina o la jurisprudencia, pues ese caso en absoluto es contemplado en el tipo legal, que exige una resolución “manifiestamente” injusta³⁹⁵.

Para FERRER BARQUERO la figura culposa de la prevaricación debe desaparecer, tal y como sucedió con la administrativa, estimando que el bien jurídico que este delito intenta tutelar queda suficientemente protegido con la modalidad dolosa, máxime si bajo la expresión “a sabiendas” cabe alojar el dolo eventual. La propia acción de prevaricar (cuyo sentido etimológico es “andar torcido”) ha derivado en un sentido jurídico en “torcer el Derecho”, por lo que no parece abarcar a quien sólo es negligente al impartir justicia.

Por otro lado, el principio de intervención mínima y la existencia de un derecho disciplinario judicial son razones que también llevan a tal conclusión³⁹⁶.

2. CONCEPTO Y GRAVEDAD DE LA IMPRUDENCIA Y DE LA IGNORANCIA INEXCUSABLE

2.1. Tipicidad: tipo objetivo común o tipo objetivo diverso

³⁹³ RAMOS TAPIA M.I., *El delito de prevaricación judicial cit.* pág. 423.

³⁹⁴ En mi opinión, por mucho que se quiera argumentar en este sentido de resaltar el cumplimiento de, en definitiva, la *lex artis*, el intento siempre chocará con una realidad incontestable: si la resolución es adecuada al caso, no tendrá sentido plantearse, penalmente, el seguimiento o no del método jurídico. Y por otra parte, siempre que se juzgue a un juez por prevaricación, se quiera o no, directa o indirectamente, se analizará, por supuesto, la corrección de la decisión.

³⁹⁵ RAMOS TAPIA M.I., *El delito de prevaricación judicial cit.* pág. 423 y 424.

³⁹⁶ Frente a la objeción de que ello podría afectar a la independencia judicial y que el CGPJ no puede entrar a valorar el fondo de una resolución judicial, opina FERRER BARQUERO que dicho examen no está vedado a los tribunales y pueden estos en vía de recurso no sólo anular una resolución, sino incluso ordenar la remisión la vía disciplinaria. Así mismo, puede que se inicie un proceso por una presunta prevaricación dolosa y el tribunal absuelva al juez inculcado por no apreciar dolo, pero remita testimonio a la comisión disciplinaria del CGPJ. Esto es, si la imprudencia se deduce de alguna argumentación jurídica, habría de ser un órgano judicial el que realice tal control y aprecie la oportuna negligencia de modo que los hechos declarados probados vincularán a la comisión disciplinaria. FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial cit.* pág. 172 a 176.

La tipicidad es la esencia del injusto. Todos los elementos que la integran le están subordinados, en cuanto que le deben su relevancia. Los elementos objetivos, esto es la acción, en cualquiera de sus múltiples acepciones y el resultado, sólo interesarán en cuanto que se acomoden a la conducta descrita en el tipo y la relación de causalidad, a su vez, es instrumental como nexo necesario de unión entre ambos. Los elementos subjetivos (dolo, elementos subjetivos distintos del mismo) corren la misma suerte.

Al tratar de la imprudencia, la primera cuestión relevante es determinar si estamos en presencia de un delito autónomo, esto es, con un tipo objetivo distinto del previsto para el delito doloso o bien si no es más que una forma de comisión de aquel.

En relación con la prevaricación judicial, si examinamos las monografías existentes al respecto, puede afirmarse sin gran dificultad que los autores se decantan por un único tipo objetivo con dos formas de imputación subjetiva, dolosa a imprudente. La cuestión no se llega a tratar directamente, sino que se viene a dar por hecho. Es muy elocuente a tal efecto la propia organización sistemática de la exposición de delito en cada una de las obras.

Así, por ejemplo, GARCÍA ARÁN, si bien refiriéndose a la redacción anterior al CP 1995, esto es, art. 355 ACP, habla de tipo doloso y tipo imprudente, tratando los elementos comunes a ambos tipos para, posteriormente, como específicos del imprudente, aludir al carácter manifiesto de la injusticia y a la “negligencia o ignorancia inexcusables”. Posteriormente, estima el carácter manifiesto como un plus respecto de la injusticia; esto es, no construye un concepto de resolución injusta distinto para la prevaricación dolosa e imprudente, sino que analiza qué supone ese “plus” exigido por el adjetivo. Puede deducirse, por tanto, que realmente no diferencia con tipos objetivos distintos el delito doloso e imprudente, sino como dos géneros de un tipo objetivo esencialmente idéntico³⁹⁷.

Más clara es la opción de RAMOS TAPIA. Ya el índice de su obra se decanta claramente por la fijación de un tipo objetivo común para posteriormente hablar de un tipo subjetivo doloso y un tipo imprudente (al que no denomina subjetivo, sin embargo). El carácter manifiesto de la resolución lo trata en sede del tipo objetivo común³⁹⁸. Parecido esquema sigue FERRER BARQUERO, quien trata por un lado la conducta típica (si bien no se refiere bajo dicho epígrafe al elemento peculiar del carácter manifiesto de la injusticia) y por otro el “aspecto subjetivo”, subdividiéndolo en la prevaricación judicial dolosa y la prevaricación judicial imprudente³⁹⁹.

GÜIDI CLAS también viene a construir un tipo objetivo único, esencialmente porque trata, de un lado, de la “acción prevaricadora” y sus teorías y luego habla, en capítulo distinto, de la forma dolosa y la forma imprudente. Posteriormente, se ocupa de la tipicidad

³⁹⁷ GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación...cit.* pág. 8, 9 y 137.

³⁹⁸ RAMOS TAPIA, M.I., *El delito... cit.* pág. 11, 13 y 14.

³⁹⁹ FERRER BARQUERO, R., *El delito...cit.* pág. 10 y 11.

del delito en el CP⁴⁰⁰.

Se puede decir, pues, que con carácter general se estima que se trata de un tipo objetivo único con elementos subjetivos diversos, dolo e imprudencia.

La cuestión, no obstante, no puede estimarse que esté tan clara, no ya sólo por razones dogmáticas, sino de legalidad estricta.

Obviamente, ello depende del concepto que se tenga de injusto y de la construcción que de la imprudencia se defienda. Sin embargo, a la hora de analizar, como es el caso, un concreto tipo de la Parte especial, cabe plantearse si, al margen de las elaboraciones dogmáticas de la Parte general, la construcción legal de la figura delictiva en cuestión da pie a optar por una u otra concepción. Dicho de otra manera, si la figura delictiva, más allá de la dicotomía dolo/imprudencia, ya de por sí es distinta de la dolosa.

Cabrían varias posibilidades. La primera es que las características típicas fueran tan dispares entre una y otra que no hubiera más remedio que defender la separación. Esto es, no es que sean diferentes por la concepción de la imprudencia, sino porque el tipo objetivo, *lege data*, también lo es. La segunda opción consistiría en que, aun compartiendo características similares, el legislador introdujera diferencias de tipicidad objetiva, exigiendo ciertos requisitos adicionales o suprimiendo otros. Y la tercera es que la definición del tipo objetivo sea idéntica, difiriendo únicamente en la introducción de la imprudencia.

En el primer supuesto, defender que la imprudencia mantiene un tipo objetivo distinto es más bien una exigencia legal. Significaría que en un concreto ámbito de protección, el legislador decide aislar un supuesto fáctico como sólo susceptible de ser atacado por conductas imprudentes. Por tanto, no es que existieran tipos objetivos distintos, sino que sólo hay un tipo objetivo, el imprudente. En el segundo caso, defender la existencia de tipos objetivos distintos tiene sentido por cuanto que el supuesto fáctico sobre el que gira la tipificación viene a ser el mismo pero las diferencias introducidas por el legislador permiten, al menos formalmente, establecer la dicotomía. Por razones dogmáticas, se podría apuntalar esa división o, por el contrario, defender, pese a ello, la unidad. En suma, la estimación de que se tratara de tipos objetivos distintos se fundaría en razones legales y dogmáticas. Finalmente, en casos de identidad típica de la definición legal del hecho (salvo, claro está, la referencia expresa, por necesaria, a la imprudencia) sólo por razones dogmáticas puede estimarse que comisión dolosa o imprudente son delitos distintos con tipos objetivos distintos.

Circunscribiéndonos a la prevaricación judicial, cabe comparar la redacción legal de la conducta típica en los arts. 446 y 447 CP:

“El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta”

⁴⁰⁰ GÜIDI CLAS, E., *La prevaricación cit.* pág 437 y 438.

“El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta”.

Si prescindimos de lo relativo a la relación subjetiva del autor con el hecho, la diferencia estribaría en que para la prevaricación judicial dolosa se ha de dictar una resolución injusta y para la imprudente ha de ser manifiestamente injusta. En cuanto que los títulos de imputación conforme al art. 5 CP han de ser dolo o imprudencia, es evidente que la ignorancia inexcusable no puede sino considerarse una expresión posible de aquella. Esto es, no puede determinar diferencia alguna a los efectos que tratamos.

Se ha efectuar la decantación sobre si estamos ante un tipo objetivo distinto o común al doloso, pues, en función del concepto de imprudencia por el que se opte y por la utilidad del concepto de injusticia defendido para el delito doloso.

2.2. Concepto de imprudencia

2.2.1. Fundamento de la punición y objeto de prohibición

GIL GIL opina que, siguiendo la fundamentación de JAKOBS⁴⁰¹, deberíamos llegar a admitir que es la existencia de normas diferentes para el delito doloso y para el imprudente lo que justifica que la infracción de una o de otra merezca distinta pena: en el delito doloso la pena reafirma la vigencia de la norma mientras que la pena del delito imprudente tan sólo pretende garantizar unos estándares objetivos de riesgo. En opinión de la autora, está claro que no se trata de que se niegue más o menos la misma norma, sino que nos encontramos ante normas diferentes, lo que se traduce en un contenido de injusto diferente en el caso de transgresión de cada una de ellas y ello justifica una pena diferente⁴⁰².

Para la misma autora, sólo un concepto de injusto como contradicción con la norma de determinación puede cumplir el fin de protección de bienes jurídicos a través del efecto preventivo general positivo de la pena en su sentido originario. La afirmación de un injusto objetivo previo al examen de la evitabilidad individual no tiene como único fin la aplicación de medidas de seguridad, sino poder identificar en lo injusto el desvalor objetivo de la acción para trasladar el correspondiente mensaje sobre la valoración de esta acción y del bien jurídico a la generalidad y conseguir con ello el efecto preventivo general que sirve a la protección de

⁴⁰¹ Alude a la estimación de JAKOBS de que el autor imprudente tiene mayor predisposición a cumplir la norma que el doloso, transmitiendo sólo que se ha equivocado, en cuanto que el autor del delito doloso viene a expresar que la norma no va con él. Cfr. JAKOBS, G., “Sobre la función de la Parte subjetiva del delito en Derecho penal”, *ADCP*, T. XLII, 1989, pág. 641 y ss.

⁴⁰² GIL GIL A., “Lo subjetivo en la fundamentación y exclusión de lo injusto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, 2005, pág. 99 (nota 15) y 100.

bienes jurídicos. La contrariedad con la norma promulgada (con el contenido de la norma de determinación) se destaca como categoría que cumple la función de trasladar las valoraciones generales, que se perderían al introducir en lo injusto consideraciones relativas a la capacidad individual de actuar conforme a esos parámetros generales⁴⁰³.

Puede colegirse que la concepción del injusto como infracción de la norma de determinación busca que de modo inequívoco se defina la conducta prohibida, pues, sólo así, se podrá cumplir la finalidad de protección de bienes jurídicos que justifica la existencia misma del Derecho penal. Ello, frente a estimar que sólo se desvalora un resultado o que el injusto se limita a expresar un déficit de motivación frente al Derecho por no evitar, siendo posible, un riesgo que entra el ámbito de organización de un sujeto.

Ya se tomó partido en este trabajo, al tratar la prevaricación judicial dolosa, por concebirla como un delito por responsabilidad institucional, en el que el autor defrauda las expectativas normativas que en él se depositan negando, en el caso, concreto, el surgimiento de la institución positiva en la que se inserta y que determina, a estos efectos, su ámbito de organización. Por tanto, con su conducta no es que lesionara bienes jurídicos individuales, un bien jurídico colectivo, o ambos tipos de bienes porque se tratara de un delito pluriofensivo, sino que infringía la función inherente a su rol. Se comporta, en definitiva, en forma contraria al deber que le incumbe, que no es un deber negativo de no lesionar bienes ajenos, sino positivo de promover una actividad esencial para la vida en comunidad y que ha de constituir con su conducta. Niega, pues, la vigencia de la norma, penal, que le obliga a promover, por su adscripción a la institución, un funcionamiento de la misma socialmente asumible.

Este fundamento de la punición de la conducta es, desde luego, común para el delito doloso y el imprudente, pues en ambos casos de lo que se trata es de que la institución funcione. El cuestionamiento de la misma que representa la conducta, sin embargo, puede provenir de dos vías: una, que sería la rebelión directa y otra el cuestionamiento de la institución sin negarla (y por tanto sin rebelarse) pero afectándola. En la primera, el sujeto se organiza de forma incompatible con la institución positiva y en la otra de una manera a priori compatible mas, a la postre, no, por no evitar un riesgo que entra dentro de su ámbito de control y que por tanto, le resultaba evitable. Ello justifica que sí que pueda identificarse en este último supuesto, la infracción de una norma distinta que en el primero. Hay un mandato común, que se puede subdividir en dos, afirmando: sé solidario, con lo cual, no combatas la solidaridad o, cuanto menos, no la obstaculices. Obstaculizar, en este contexto, es más genérico que combatir, pues lo primero no presupone necesariamente lo segundo, mientras que a la inversa sí. Quien actúa dolosamente (por conocer lo que ha de evitarse) se opone abiertamente a ser solidario. Por ello, su negación

⁴⁰³ GIL GIL A., “Acción, norma, injusto y delito imprudente” en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias económicas y empresariales*, nº 74, mayo-agosto 2008, pág. 106.

de la institución que a ello le obliga es más intensa. Por el contrario, quien sólo obstaculiza (por no conocer lo que ha de evitarse) exterioriza una lesión más débil.

De ahí que, en el delito imprudente por competencia institucional, sí que podría hablarse de una norma distinta de conducta distinta que en el doloso, que obliga al destinatario a minimizar los riesgos de negación de la institución. Ello permite defender que, en este caso que tratamos de prevaricación judicial imprudente, no comparta ésta el mismo tipo objetivo que la prevaricación judicial dolosa pues, por lo pronto, la norma infringida es distinta, con lo que no se puede limitar la diferencia entre ambos al análisis de la evitabilidad individual dentro del riesgo en el tipo subjetivo.

Se ha de determinar, pues, qué elementos integran este tipo objetivo. En principio, no pueden sino mencionarse la acción imprudente, el resultado, la relación de causalidad entre ambos y eventualmente, la imputación objetiva del resultado, esto es, que el resultado sea de aquellos que trata de evitar la norma objetiva de cuidado infringida.

2.2.2. La acción imprudente

La acción imprudente ha de estar constituida por la creación de un riesgo no permitido. Situándonos en el contexto en que se desenvuelve el delito que tratamos, el juez, con su acción de dictar la resolución, ha de generar un riesgo que ponga en cuestión su propia función. Si quien actúa no genera un riesgo con su acción, difícilmente se puede imputar un resultado típico. Y la infracción del deber de diligencia que le compete⁴⁰⁴ es la que genera dicho riesgo. Puede decirse, en efecto, que el riesgo es el reverso del deber; si se actúa conforme al deber no se crea riesgo alguno, más allá de los que sean tolerados en el ámbito de actuación y si se infringe se torna a una situación de riesgo, todo ello en relación con el interés objeto de protección, que en este caso es la actuación conforme al rol⁴⁰⁵ en modo que permita la existencia de la institución en cada caso concreto.

⁴⁰⁴ Para ORTS BERENGUER supone la falta de la diligencia, del cuidado, de las preocupación más elementales que son exigibles a un juez y supone una desatención por éste del mínimo deber profesional, de cuidado y de conocimientos. ORTS, BERENGUER E., *Derecho Penal, parte especial*, GONZÁLEZ CUSSAC J. L. coord. Tirant lo Blanch Valencia 2015, pág. 81; MUÑOZ CONDE entiende que concurre cuando falta la diligencia mínima exigible a cualquiera que desempeñe funciones judiciales. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 20ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2015, pág. 807. También se expresa como faltar a la diligencia mínima en el tratamiento del asunto ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. B. y BOLDOVA PASAMAR M. A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Comares, Granada 2016, pág. 728; supuestos de desatención, ligereza o falta de cuidado graves. O que requiere que el autor se haya representado la posibilidad de realización del tipo (culpa con representación) no puede ofrecer duda y no puede tratarse de una mera ilegalidad. HAVA GARCÍA, E. en *Tratado de Derecho Penal Español* ÁLVAREZ GARCÍA, J. (dir.) Tirant lo Blanch Valencia 2013, pág. 820.

⁴⁰⁵ Como señala FEIJÓO y ya hemos referido, estos deberes de cuidado surgen de la posesión de posiciones jurídicas especiales, oficios o cargos que generan deberes de cuidado especiales para ciertas personas y legitiman la creación por parte del legislador de determinados tipos imprudentes en la Parte especial conforme a criterios político criminales; *Resultado lesivo... cit.* pág. 257 y 258.

2.2.2.1. El deber objetivo de cuidado

Sostiene RAMOS TAPIA que los dos elementos que la moderna dogmática distingue en la imprudencia, la infracción de un deber individual de cuidado y la previsibilidad del resultado no se ajustan, a su juicio, a la estructura de la prevaricación imprudente. Y es que, señala RAMOS TAPIA, en el caso de la prevaricación imprudente “se ha de prescindir de si al autor le incumbía o no un determinado deber de cuidado, pues se trata de un delito cuyos destinatarios son sólo aquellos a quienes les incumbe un deber de cuidado en la administración de justicia, los jueces. La inobservancia del deber de cuidado queda disuelta en la comprobación de que la resolución es injusta, precisamente por no haber sido dictada conforme a los deberes de la aplicación del Derecho, por lo que la comprobación del delito se centra en determinar si el autor ha conocido o podido conocer la contrariedad a deber de su acción. Es decir, la comprobación de la conducta típica se reduce al dictado de una resolución manifiestamente injusta, cuya injusticia ya denota la infracción por parte del juez de un deber de cuidado, dependiendo la exigencia de responsabilidad penal del examen de las concretas capacidades del juez para haber podido conocer la contrariedad al deber, pues la concreta capacidad del juez para haber conocido la injusticia de la resolución deber examinarse para afirmar la realización del tipo⁴⁰⁶”. “Si a pesar de tener esa capacidad, el juez no ha dictado una resolución conforme con el ordenamiento jurídico, ello denota su indiferencia hacia el deber de vinculación al Derecho en la administración de justicia, sea porque no ha pensado en su lesión, sea porque supone falsamente que su acción no causará lesión alguna, por lo que le será exigible responsabilidad penal. Si, por el contrario, el juez no tenía esa capacidad para conocer la injusticia de la resolución, no actuó imprudentemente⁴⁰⁷”.

Discrepo de esta interpretación. En primer lugar, desarrollar el rol, estar investido de la condición de juez, no es causa de prescindir de la relevancia del concepto de la incumbencia, precisamente, por ostentarla. Por el mero hecho de serlo ya existe injerencia y se le imponen deberes de organización, en este caso, positivos (con su reverso negativo de no lesionar la institución en sí). Ello de por sí ya supone un deber genérico, que se concretará con unos deberes específicos. Cosa distinta es que, en efecto y si a ello quisiera referirse, en último término, la autora a que aludo (cosa que no creo) lo compartiría, la situación en que se sitúa el juez al resolver “le viene dada”. Volveré sobre esta cuestión posteriormente.

En segundo lugar porque la conclusión a la que cabría llegar de asumirse la exposición de RAMOS TAPIA es que el delito de prevaricación judicial imprudente se limitaría a constatar la producción del resultado, esto es, a determinar que estamos en presencia de una resolución manifiestamente injusta. A ello se añadiría la cognoscibilidad de ello para el juez. Es decir,

⁴⁰⁶ Alude a FERRER SAMA, quien estimaba redundante hablar de manifiesta injusticia e inexcusabilidad. Cfr. FERRER SAMA A., *Comentarios al CP, IV*, Madrid, 1956, pág. 72 y 73.

⁴⁰⁷ RAMOS TAPIA M.I., *El delito de prevaricación judicial cit.* pág. 426, 427 y 428.

desde esta perspectiva, el tipo imprudente prescinde de la acción (con sus elementos integrantes, infracción de deber de cuidado y creación del riesgo, ambos unidos por una relación de causa-consecuencia), relación de causalidad y eventualmente imputación objetiva. Suprimiéndose también la necesidad de constatación de la previsibilidad del resultado como, a su vez, presupuesto necesario para estimar infringido el deber de cuidado. Tampoco se contempla criterio alguno alternativo de imputación del resultado. No puede servir a tal efecto incluir como requisito anejo al resultado la cognoscibilidad. La cognoscibilidad no es sino una sustitución de la previsibilidad y ésta, a su vez, es meramente un primer estadio del proceso de construcción de la acción típica, pues no se puede exigir cuidado sobre lo imprevisible y en consecuencia, lo que no es descuido no puede estimarse, normativamente, que genere riesgo, a menos, claro está, que se quiera o se asuma establecer una responsabilidad objetiva por el resultado. A esto último conduce la propuesta de RAMOS TAPIA, pues el modo de determinar la cognoscibilidad es “las concretas capacidades del juez para haber podido conocer la contrariedad al deber”. No define qué haya de entenderse por “concretas capacidades” mas, haciendo una lectura sistemática de su construcción del delito, es evidente que esa capacidad no es otra que la habilitante para el ejercicio de la profesión, eso es, el conocimiento de la técnica jurídica. Y siendo ello así, pasa a afirmar que el dictado de la resolución “denota su indiferencia hacia el deber de vinculación al Derecho en la administración de justicia”. En suma, el razonamiento puede sintetizarse en la siguiente afirmación: el dictado una resolución manifiestamente injusta por quien tiene capacidad para dictar una justa denota la indiferencia hacia el Derecho y hace la conducta delictiva. Puesto que la capacidad se va a presumir y la indiferencia es una conclusión derivada del mero hecho del dictado de la resolución, realmente el tipo imprudente se limita a constatar el resultado típico⁴⁰⁸. Y respecto de éste, la tipicidad queda colmada por la mera existencia de una resolución inmotivada. Dado que no se desarrolla la falta de capacidad del juez para conocer la injusticia de la resolución, a la postre podría decirse que incurre en un delito de prevaricación imprudente el juez que dicta una resolución inmotivada⁴⁰⁹.

Por el contrario, frente a lo que afirma RAMOS TAPIA, no hay razón ni legislativa - esto es, que se desprenda de la redacción del tipo- ni dogmática que justifique hablar de una incom-

⁴⁰⁸ Obviamente RAMOS TAPIA no omite, pese a lo dicho, analizar el grado de imprudencia necesario exigido por la redacción típica (grave), entrando en consideraciones sobre si ha de restringirse o no a la temeraria y comparando la actual redacción del CP con la inexcusabilidad del art. 355 ACP. Ahora bien, vuelve a referirse a la cognoscibilidad y a que lo manifiestamente injusto, en cuanto cognoscible, se dicta por adoptar una actitud de indiferencia (desinterés, es la palabra que utiliza la autora a que me refiero). Cfr. RAMOS TAPIA M.I., *El delito de prevaricación judicial cit.* pág. 429 y 430.

⁴⁰⁹ No se plantea restricciones a la excesiva expansión de la tipicidad a que podría conducir su criterio, aun cuando llegue a apuntarlo al afirmar que “La medida oscila también según la importancia del bien afectado. Así, la temeridad en el dictado de una resolución manifiestamente injusta se apreciará antes si la imprudencia se ha cometido en un proceso penal en el que se ha condenado la procesado que si se trata de un juicio verbal”. RAMOS TAPIA M. I., *op. cit.* pág. 430.

patibilidad entre la concepción general de la imprudencia y el delito de prevaricación judicial imprudente.

Situados, por tanto, en la concepción general de la imprudencia, la infracción de un deber de cuidado (actuación descuidada) y por su causa, la generación de un riesgo son los elementos constitutivos de la acción imprudente.

Establecer pautas generales en orden a delimitar el cuidado debido es muy complicado en este delito, habida cuenta que las situaciones pueden ser de lo más diversas atendiendo a la complejidad de la institución y sus funciones. Pueden, sin embargo, enunciarse, los defectos de motivación o de aplicación del método jurídico o la mera infracción, por falta de atención al asunto a resolver, de una concreta norma procesal o sustantiva como uno de los quebrantos más usuales de los deberes de diligencia inherentes al ejercicio de la función judicial.

Carencia de motivación en resoluciones judiciales, motivaciones erróneas, incoherentes, muy dudosas interpretaciones de normas sustantivas y procesales, de valoración de elementos probatorios, provocación de actuaciones judiciales nulas, por citar algunos ejemplos, se dan muy frecuentemente. Tan frecuentemente, que el ordenamiento arbitra soluciones procesales, normalmente por la vía de los recursos (devolutivos y no devolutivos), de los incidentes de nulidad o solicitudes de mera aclaración o complemento ante el propio órgano que dictó la resolución.

Formalmente considerados, la mayoría de esos supuestos, en cuanto que suponen flagrantes infracciones de normas procesales, revelarían una conducta poco acorde con el “método jurídico” (que en este ámbito, por cierto, tiene una concreción equivalente a la que al tratar del deber de cuidado tiene el hombre sabio y prudente) y se mostrarían claramente como infractoras del deber de diligencia. Sin embargo, dada la frecuencia con que se dan tales supuestos y los efectos contraproducentes que, desde el punto de vista del funcionamiento de la justicia, se generarían, podría existir gran número de jueces procesados y eventualmente condenados por prevaricación imprudente ante infracciones que, desde el punto de vista de la confianza en la vigencia de la norma, pueden ser subsanadas en el propio procedimiento donde tienen lugar.

De ahí que no haya de atenderse tanto a cuestiones de técnica jurídica y al modo en que haya podido aplicarse cuanto a la trascendencia de la resolución en relación con los intereses controvertidos en el asunto y dadas las circunstancias concurrentes en el momento en que éste ha de resolverse. Ello nos aboca a plantearnos el contexto en que se ha de dicta la resolución, que determina la situación de riesgo.

2.2.2.2. La creación de un riesgo no permitido

La determinación de ese riesgo, con carácter general, consiste en efectuar una ponderación de intereses extrapenal y discernir cuál es el límite de lo tolerado o asumido por la comunidad

jurídica⁴¹⁰ por si el riesgo admisible es proporcional a la utilidad social de la actividad⁴¹¹, esto es, a mayor utilidad mayor nivel de tolerancia. Es preciso identificar a tal fin y en primer lugar la situación⁴¹² o contexto en la que va a actuar el sujeto para determinar los peligros previsibles y su medida, para lo que puede utilizarse el criterio de la previsibilidad objetiva, esto es, cómo valoraría la situación, con los datos existentes en tal momento, un persona sensata del círculo, en este caso, profesional, del autor⁴¹³. Determinados esos peligros se ha de concluir si, en vista de ello, era procedente actuar o no de la manera en que se hizo, esto es, si con la actuación se asumía un riesgo permitido o prohibido. Nuevamente para esta última ponderación si no está expresado este resultado en normas penales o extrapenales se estará al criterio del hombre inteligente y sensato de la misma profesión o círculo.

Lo expuesto en los párrafos precedentes se ha de explicar en relación con las características de la acción que tratamos. Así por ejemplo, cuando la resolución tiene trascendencia en relación con intereses esenciales de la persona como su vida, integridad física o psíquica, libertad, de modo que la infracción procesal o sustantiva que se cometa los comprometa seriamente por su incidencia en relación con los mismos, - puede que no subsanable por la vía del recurso - es evidente que se da un contexto de riesgo en el que infringir el cuidado debido puede dar lugar a la creación de un riesgo no permitido.

Se propone una serie de ejemplos en que no se daría ese contexto de riesgo susceptible de degenerar en riesgo no permitido.

- Auto del juez de instrucción por el que se acuerda el sobreseimiento provisional, *a limine*, de una denuncia (en la que se pone de manifiesto que un arrendatario de un vehículo no lo ha devuelto pasado el plazo de alquiler del mismo pese a los requerimientos dirigidos al efecto), por estimar que no existen indicios que justifiquen la procedencia de la investigación - lo cual puede ser muy discutible- y sin motivación alguna, limitándose a indicar que concurre la causa del art. 641,1º LECr.

- Decisión *in voce* por la que se acuerda la celebración de juicio oral sin comparecer el acusado, dando por buena la citación en un domicilio que ya no era el propio, pues había comunicado al juzgado de lo Penal uno nuevo, hecho este último del que no se percató el juez al resolver sobre la petición de suspensión formulada por la defensa.

- Auto acordando la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado, conforme a lo dispuesto en el art. 779.14ª LECr, que se dicta contra cuatro investi-

⁴¹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ B., *op. cit.* pág. 269 y 270.

⁴¹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 269 a 271.

⁴¹² GIL GIL, A., *El delito imprudente...cit.* pág. 241 a 243.

⁴¹³ Expone FEIJÓO que sólo se puede exigir que sea cuidadoso con un riesgo a aquella persona que, al menos, tiene a su alcance la peligrosidad estadística o general de su conducta.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

gados, a uno de los cuales no se le ha recibido declaración en calidad de imputado en el curso de la instrucción, circunstancia ésta de la que no se percata el juez al dictar el referido auto.

- Sentencia en que se aprecia la concurrencia de dos circunstancias atenuantes simples y se codena al acusado sin rebajar de grado la pena prevista en el tipo.

- Sentencia estimatoria dictada en un juicio por vicios en la construcción de un edificio en la que el juez no valora un informe pericial que había presentado la parte demandada y sólo se atiende al presentado por la actora, ninguno de los cuales fue ratificado en juicio por no requerir ninguna de las partes la presencia de los correspondientes peritos.

- Sentencia por la que se desestima una demanda apreciándose falta de legitimación activa de la parte actora, al no estimarse acreditado por la parte actora la adquisición del crédito cuyo impago se reclamaba, siendo así que en el acto de la audiencia previa se había aportado y admitido, ante el cuestionamiento efectuado por la parte demandada, escritura de adquisición de la sociedad mercantil originariamente titular del crédito.

Y a continuación otra serie de ejemplos en los que el resultado sería incardinable en el concepto de “manifiestamente injusto” exigido:

- Denegación de una medida cautelar de alejamiento en el seno de un procedimiento seguido por un delito de malos tratos en el ámbito familiar, en que uno de los cónyuges denuncia haber sido víctima de agresión por el otro. La denegación se justifica por el juez en que la declaración de la víctima no es creíble, habida cuenta que no cuenta con corroboración de las lesiones objeto de denuncia, al no constar parte médico alguno que objetivara las mismas. Frente a esta afirmación, obraba en la causa informe de Urgencias donde se evidenciaban lesiones de notoria gravedad.

- Providencia del juez de guardia de un Partido donde radica un Centro penitenciario en la que, teniendo por recibido exhorto –vía fax- de la Audiencia Provincial ordenando la excarcelación de un preso preventivo por haber estimado el recurso del mismo contra el auto por el que se acordaba la medida cautelar, determina que no ha lugar a cumplimentar lo solicitado en dicho medio de cooperación jurisdiccional, con el argumento de que no se ha recibido el exhorto y el mandamiento en formato original, sino sólo vía fax y pese a la certificación del letrado de la administración de justicia de que había recibido llamada del correspondiente a la Sección de origen del exhorto informándole que se enviaría dicho fax, habiendo comprobado que se trataba, realmente, de quien decía ser, además de haberse cumplimentado el protocolo informático existente al efecto.

- Auto que acuerda el ingreso en prisión provisional de un investigado tras la celebración de la comparecencia del art. 505 LECr., comparecencia en la que el Ministerio Fiscal (no hay acusación personada) no solicita dicha medida cautelar, sino una medida de prohibición de

salida del territorio nacional. En el auto se señala que la medida había sido solicitada por el Ministerio Fiscal, argumentando convenientemente sobre la procedencia de la misma.

- Auto dictado en una ejecutoria penal que ordena el ingreso en prisión de un condenado que se encontraban en busca y captura por haberse colocado en situación de ilocalizable. Las circunstancias de su detención son que lo identifican en un supermercado dos agentes que lo conocían por haberlo investigado en otras ocasiones y que eran sabedores de la requisitoria librada respecto del mismo. Cuando es puesto a disposición del órgano judicial competente alega que no se trata del penado, sino de su hermano gemelo, lo que sólo puede acreditar exhibiendo su documentación, que se encuentra en su casa, a cuyo efecto solicita ser conducido a dicho domicilio a tal efecto, así como mediante la testifical de terceros que puedan ratificar su versión. El juez, pese a esta alegación, ordena el inmediato ingreso en prisión para el cumplimiento de la pena, señalando en el mismo auto que una vez firme la resolución se arbitrarán los medios necesarios para que tercera persona obtenga la aludida documentación, de existir y la aporte a los autos, así como la citación a declarar como testigos de las personas propuestas.

- Providencia del juez de guardia en la que solicitándose una medida civil (prohibición de salida del menor del territorio nacional) conforme al art. 158 CC para evitar la sustracción de un menor, por haber tenido conocimiento uno de los progenitores (pues ha encontrado copia de un billete de avión de ida en la mochila del menor) que el otro progenitor ha sacado billetes para el día siguiente a la solicitud, con objeto de trasladarlo fuera de España sin su consentimiento y a país con el que no existen convenidos multi o bilaterales de cooperación jurisdiccional, deniega de plano la adopción de la medida indicando que en ese día el régimen de visitas corresponde al otro progenitor y no se acredita que su intención sea mantenerse en dicho país de forma indefinida.

En los ejemplos propuestos, pueden observarse infracciones de normas sustantivas y procesales, característica común a todos ellos. La diferencia más llamativa, buscada de propósito, es la situación, el contexto, en que se produce dicha infracción. En los que reputo resultados atípicos (por no concurrir un riesgo no permitido) la infracción de la norma de que se trate es, por así decirlo, de relativa importancia, bien por la materia a que se refiere, bien, la inmediatez de su efecto sobre los intereses ventilados en el proceso, bien por la falta de ejecutividad de la decisión, entre otros criterios, que podrían ser múltiples.

Por el contrario, las que reputo se han reputado como situaciones en que se genera un riesgo no permitido lo son porque el contexto los determina así, dado que la decisión, por ejemplo, compromete de modo inmediato la libertad del afectado, no identifica una situación objetiva de riesgo para la integridad de la víctima -cuya neutralización requiere una decisión inmediata- o llega a conclusiones precipitadas en relación con un riesgo manifiesto para un menor. Ese compromiso inmediato hace que ni aun por la vía del recurso u otro remedio

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

procesal pudiera repararse la infracción del deber de cuidado producida en modo que la hiciera asumible para la institución. ,

Existe, pues, lo que podría denominarse simbiosis riesgosa entre la falta de diligencia y el resultado; la situación de riesgo creada por la infracción de deber de diligencia, dados los intereses implicados (la situación o contexto), no puede sino estimarse como riesgo no permitido. La importancia de ese contexto de riesgo puede resaltarse alterando los ejemplos propuestos mediante la introducción de variantes fácticas:

- Denegación de una medida cautelar de alejamiento en el seno de un procedimiento seguido por un delito de malos tratos en el ámbito familiar, en que uno de los cónyuges denuncia haber sido víctima de agresión por el otro. La denegación se justifica por el juez en que la declaración de la víctima no es creíble, habida cuenta que no cuenta con corroboración de las lesiones objeto de denuncia, al no constar parte médico alguno que objetivara las mismas. Frente a esta afirmación, obraba en la causa informe de Urgencias donde no se evidenciaban lesiones.

- Providencia del juez de guardia de un Partido donde radica un Centro penitenciario en la que, teniendo por recibido exhorto –vía fax- de la Audiencia Provincial ordenando la urgente citación a juicio de un preso preventivo por haber estimado el recurso del mismo contra el auto por el que se acordaba la medida cautelar, determina que no ha lugar a cumplimentar lo solicitado en dicho medio de cooperación jurisdiccional, con el argumento de que no se ha recibido el exhorto y el mandamiento en formato original, sino sólo vía fax y pese a la certificación del letrado de la administración de justicia de que había recibido llamada del correspondiente a la Sección de origen del exhorto informándole que se enviaría dicho fax, habiendo comprobado que se trataba, realmente, de quien decía ser, además de haberse cumplimentado el protocolo informático existente al efecto.

- Auto dictado en una ejecutoria penal que ordena el ingreso en prisión de un condenado que se encontraban en busca y captura por haberse colocado en situación de ilocalizable. Las circunstancias de su detención son que lo identifican en un supermercado dos agentes que lo conocían por haberlo investigado en otras ocasiones y que eran sabedores de la requisitoria librada respecto del mismo. Cuando es puesto a disposición del órgano judicial competente alega que no se trata del penado, sino de su hermano gemelo, lo que sólo puede acreditar exhibiendo su documentación, que se encuentra en su casa, a cuyo efecto solicita ser conducido a dicho domicilio a tal efecto, así como mediante la testifical de terceros que puedan ratificar su versión. El juez, pese a esta alegación, ordena el ingreso en prisión para el cumplimiento de la pena, otorgando al afectado un plazo de tres días para su ingreso voluntario, señalando en el mismo auto que una vez firme la resolución se arbitrarán los medios necesarios para que tercera persona obtenga la aludida documentación, de existir y la aporte a los autos, así como la citación a declarar como testigos de las personas propuestas.

- Providencia del juez de guardia en la que solicitándose una medida civil (prohibición de salida del menor del territorio nacional) conforme al art. 158 CC para evitar la sustracción de un menor, por haber tenido conocimiento uno de los progenitores (pues ha encontrado copia de un billete de avión de ida en la mochila del menor) que el otro ha sacado billetes con objeto de trasladarlo fuera de España sin su consentimiento, a país con el que no existen convenidos multi o bilaterales de cooperación jurisdiccional, deniega de plano la adopción de la medida indicando que en ese día el régimen de visitas corresponde al otro progenitor y no se acredita que su intención sea mantenerse en dicho país de forma indefinida. El viaje está previsto para los tres meses siguientes a la fecha de la solicitud.

El hecho de que lo interesado en el exhorto sea una mera citación a juicio, que la víctima no presentara lesiones, que el ingreso en prisión no fuera inmediato o que el viaje estuviera previsto para tres meses después de la denegación, alteran la situación de manera que la extravagancia de las exigencias en el primer caso, la incorrección del razonamiento en el segundo, la indebida denegación de diligencias en el tercero o la excesiva ligereza de la denegación en el cuarto de los ejemplos constituyen un contexto en que no se genera un riesgo no permitido, pues ni la trascendencia de la decisión en el primer caso (a lo sumo provocaría la suspensión del juicio, lo que se pudo solventar por la apreciación de dilaciones indebidas o por la excarcelación posterior del preso si el juez competente estima que ya se demora mucho la duración de la medida cautelar), la escasa relevancia que tuvo el descuidado examen de los autos (aun cuando los hubiera examinado habría llegado a la misma conclusión), la falta de afectación a la libertad en el tercero (sería factible, pese a la denegación, aportar la documentación, pues encontrándose en libertad podría acceder a su domicilio para recogerla y entregarla en el órgano judicial) o las posibilidades alternativas a la denegación de medidas conforme al art. 158 CC (pese a la denegación podía reproducirse posteriormente la petición, pues había tiempo, en el seno del procedimiento donde se hubiera dictado la resolución que establecía el régimen de guarda y custodia).

En suma, en el caso de la prevaricación judicial imprudente, el riesgo no puede aislarse, como elemento típico, del contexto o situación en que se genera, contexto que determina, a la postre, la relevancia de la infracción del deber objetivo de cuidado. La infracción del deber de cuidado en ese contexto genera un riesgo no permitido, constituyéndose así la acción imprudente, De manera que se puede decir que la acción, consistente en el dictado de la resolución, es imprudente en ese contexto y sólo en ese (un resultado típico).

Se ha de discernir a continuación qué grado ha de alcanzar la infracción del deber de cuidado para, en ese contexto de riesgo no permitido, determinar la tipicidad de la conducta.

2.2.3. El concepto de la gravedad

2.2.3.1. Consideraciones previas

El CP, en su actual redacción, contempla dos clases de imprudencia, o más bien, dos grados de intensidad de la misma, la grave y la menos grave. La elegida para el delito de prevaricación judicial es la grave⁴¹⁴. Hemos de plantearnos, pues, si es posible discernir qué connotación aporta la gravedad, más allá de que, evidentemente, es una restricción típica para que no sea subsumible en el delito cualquier actuación descuidada.

RAMOS TAPIA estima que la sustitución de la expresión “negligencia inexcusable” del ACP en el CP 1995 parece haber dado la razón a quienes identificaban “inexcusable” con temeraria, pues la expresión “negligencia inexcusable” ha sido sustituida por imprudencia grave, aun manteniéndose la expresión referida a la ignorancia. En todo caso, con las nuevas concepciones dogmáticas, la inexcusabilidad se habría desplazado de la culpabilidad a la tipicidad⁴¹⁵.

Es útil a estos efectos hacer una referencia a la evolución que ha tenido la regulación de la imprudencia en el CP español. Es muy ilustrativa la exposición efectuada en la STS 805/17 de 11 de noviembre. Se explica en ella que, desde el Código Penal de 1848, la imprudencia se venía graduando en tres categorías: imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y simple o mera imprudencia. Con la reforma operada por LO 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, se consideró que la llamada infracción de reglamentos, por concurrir prácticamente en todo hecho culposo, no podía ser utilizada como criterio diferenciador entre delito y falta, antes al contrario, incluso para la falta debía requerirse tal infracción reglamentaria, aun admitiendo la posibilidad de un tipo mínimo de falta en que no concurriera ese elemento; razonamiento que ha de estimarse correcto pues la esencia del injusto imprudente no está fundada sólo en las infracciones de la legislación extrapenal.

La imprudencia temeraria venía definida jurisprudencialmente como la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno. La imprudencia simple representaba la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose a la cota exigida habi-

⁴¹⁴ FERRER BARQUERO opina que la exigencia de imprudencia grave supone una dificultad añadida para la interpretación y aplicación del tipo, pues ni la doctrina ni los tribunales han aclarado el concepto de □gravedad□ ni se conocen los criterios a los que hay que atender para saber si ésta es lo suficientemente elevada para configurar una infracción delictiva y no un mero ilícito disciplinario. Mas no siendo sencilla la delimitación del término gravedad resulta conveniente su existencia para reservar la sanción penal a los hechos de más calado. FERRER BARQUERO R., *El delito de prevaricación judicial*, cit. pág. 170.

⁴¹⁵ Aludiendo a CÓRDOBA RODA, quien sostenía que la expresión hace referencia al poder individual de actuación del autor como elemento de la culpabilidad del delito imprudente distinto de la negligencia, que sí pertenecería a la antijuridicidad. Cfr. CÓRDOBA RODA, J., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Ariel, Barcelona, 1963, pág. 91.

tualmente en la vida social.

El Código Penal de 1995 estableció un nuevo régimen, utilizando las categorías de imprudencia grave y leve. La doctrina de la Sala Segunda entendió que imprudencia grave era equivalente a la imprudencia temeraria anterior, mientras que la leve se nutría conceptualmente de la imprudencia simple, persistiendo la culpa levísima como ilícito civil. La diferencia radicaba en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, seguía siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia.

La LO 1/2015, contempla la imprudencia grave y menos grave, quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito (civil) de la responsabilidad extracontractual. Se ha estimado por el TS que la imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual.

Se ha venido a señalar recientemente que “tras la reforma la categoría de la imprudencia leve ha desaparecido del Código penal, y en cambio se ha introducido la de imprudencia menos grave. Dado que con anterioridad no existía un espacio entre la imprudencia grave y la leve resulta ahora problemática la identificación de la nueva categoría. Existen varias interpretaciones posibles. En general se rechaza que la nueva imprudencia menos grave equivalga sin más a la antigua leve. Algunos propugnan que la nueva imprudencia menos grave se extraiga del tramo bajo de la antigua imprudencia grave y del tramo superior de la anterior imprudencia leve, ocupando un espacio por lo tanto intermedio que se nutre de ambas. Y otra opinión mantiene que la imprudencia leve ha quedado totalmente despenalizada y que la menos grave se extrae solo de la parte más baja de la antigua imprudencia grave. Sin embargo, puesto que los delitos por imprudencia grave no han sido modificados, parece más acertado interpretar que la nueva imprudencia menos grave se desprende solo de la parte superior de la antigua imprudencia leve. Por lo tanto, algunas de las conductas calificadas antes como imprudencias leves podrían subsumirse en la actual calificación de menos graves mientras que otras, las más leves, se habrían despenalizado⁴¹⁶”.

Siendo esta la evolución, se puede convenir que se han de incluir en los supuestos de imprudencia grave infracciones intensas del deber de cuidado pero asumiendo que se ha de dejar espacio (atípico, en este caso) a lo que pudiera estimarse como supuestos de imprudencia menos grave, los cuales, a su vez, son distintos de infracciones leves del cuidado debido. No puede, por tanto, perderse de vista a la hora de definir las conductas imprudentes del delito de prevaricación judicial que, por voluntad del legislador, se han de excluir actuaciones, cierta-

⁴¹⁶ GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J.: Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Penal, Madrid, Dykinson, 2017, pág. 200.

mente descuidadas pero que pudieran calificarse como de imprudencia “menos grave”.

Ya en esta línea, GARCÍA ARÁN⁴¹⁷ interpretaba que las formas de imprudencia simple, como descuidos involuntarios y la ignorancia consistente en errores de concepto o de interpretación quedan excluidos de los conceptos típicos negligencia (ahora imprudencia) e ignorancia, remitiéndose tales situaciones a las restantes respuestas previstas por el ordenamiento jurídico fuera del ámbito penal, sean los recursos o la existencia de responsabilidad civil independiente. Y Por su parte RAMOS TAPIA⁴¹⁸ señala que hay coincidencia en que se trata de una imprudencia sustancialmente elevada.

2.2.3.2. Posición de la jurisprudencia sobre la delimitación de la imprudencia grave

En cuanto a la diferenciación entre la imprudencia grave y la que no lo es, la imprudencia grave se señala por el Tribunal Supremo que ha requerido siempre la vulneración de las más elementales normas de cautela o diligencia exigibles en una determinada actividad y que la jurisprudencia suele considerar grave la imprudencia cuando se han infringido deberes elementales que se pueden exigir al menos diligente de los sujetos. Es temeraria⁴¹⁹ cuando supone un olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado. Estas consideraciones adquieren especial relieve cuando la situación de riesgo creado con el comportamiento imprudente afecta a bienes de primer interés, como es la vida de las personas, y cuando se está creando un peligro elevado para dichos bienes sin la adopción de las necesarias medidas de cuidado y control⁴²⁰.

La gravedad de la imprudencia se determina, por tanto, se indica por el Tribunal Supremo, desde una perspectiva objetiva o externa, con arreglo a la magnitud de la infracción del deber objetivo de cuidado o de diligencia en que incurre el autor, magnitud que se encuentra directamente vinculada al grado de riesgo no permitido generado por la conducta activa del imputado con respecto al bien que tutela la norma penal, o, en su caso, al grado de riesgo no controlado cuando tiene el deber de neutralizar los riesgos que afecten al bien jurídico debido a la conducta de terceras personas o a circunstancias meramente casuales. El nivel de permisión de riesgo se encuentra determinado, a su vez, por el grado de utilidad social de la conducta desarrollada por el autor (a mayor utilidad social mayores niveles de permisión de riesgo). Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta

⁴¹⁷ GARCÍA ARÁN, *op. cit.* pág. 140; refiriéndose, en la versión del CP de 1973, vigente en el momento de publicar su monografía, a la imprudencia temeraria.

⁴¹⁸ RAMOS TAPIA M.I., *El delito de prevaricación judicial cit.* pág. 429.

⁴¹⁹ *Vid. supra* nota anterior.

⁴²⁰ SSTs 1823/2002 de 7 de noviembre, 537/2005 de 25 de abril y 552/18 de 14 de noviembre.

imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado. De otra parte, y desde una perspectiva subjetiva o interna (relativa al deber subjetivo de cuidado), la gravedad de la imprudencia se dilucidará por el grado de previsibilidad o de cognoscibilidad de la situación de riesgo, atendiendo para ello a las circunstancias del caso concreto. De forma que cuanto mayor sea la previsibilidad o cognoscibilidad del peligro, mayor será el nivel de exigencia del deber subjetivo de cuidado y más grave resultará su vulneración⁴²¹. La imprudencia grave se concluye que es la más intolerable omisión de la diligencia, mediante una conducta activa u omisiva, que causa un resultado dañoso y que se encuentra causalmente conectada normativamente con tal resultado, mediante la teoría de la imputación objetiva, que partiendo de un previo lazo naturalístico, contribuye a su tipificación mediante un juicio basado en la creación de un riesgo no permitido que es el que opera como conexión en la relación de causalidad⁴²². Se ha de entender referido ello, claro está, a delitos de comisión.

La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar.

2.2.4. Ignorancia inexcusable: *tertium non datur?*

Una peculiaridad del tipo contemplado en el art. 447 CP es que incluye como modalidad de acción típica la “ignorancia inexcusable”, como alternativa a la imprudencia grave. Ello puede dar lugar a pensar bien que se trata de la concreción de una forma de incurrir en la conducta imprudente, bien que se trata de un tercer título de imputación.

La primera opción parece más acorde con el sistema de atribución subjetiva del hecho diseñada por el CP en su art. 5, que contempla como formas de la misma el dolo y la imprudencia. El encaje en dicho sistema de ese elemento adicional inserto en el art. 447 sería entenderlo

⁴²¹ SSTS 1089/2009 de 27 de octubre y 552/18 de 14 de noviembre.

⁴²² STS 805/17 de 11 de diciembre.

como una manifestación de la imprudencia, de tal manera que un modo de actuar descuidado vendría a ser el desconocimiento, causado precisamente por esa falta de diligencia. No puede, sin embargo, perderse de vista que en puridad y como aprecia FEIJÓO, aun cuando la imprudencia significa siempre una falta de conocimiento suficiente del hecho típico, como ENGISCH puso de manifiesto, el injusto imprudente no tiene su fundamento en la ignorancia, sino en actuar con la falta de cuidado, atención o diligencia que el autor tenía el deber de aplicar⁴²³. Siendo ello cierto, si se parte de que la ignorancia puede proceder de la falta de diligencia, su contemplación como forma de expresión de ésta no supone negarle a tal falta de diligencia el carácter de fundamento de la tipicidad imprudente. En todo caso, siempre nos moveríamos dentro del ámbito de la cognoscibilidad: lo que podría haberse conocido bien se ignora, bien se conoce equivocadamente, en ambos casos como consecuencia de una conducta descuidada que, por tanto, genera un riesgo.

En esta línea, indica RAMOS TAPIA, que los delitos o son dolosos o son imprudentes, *tertium non datur*, con lo cual, la alusión a la ignorancia puede ser entendida como una de las formas posibles de error de tipo vencible sobre la injusticia de la resolución. Con ella el legislador estaría mencionando expresamente una de las formas de las que proviene el desconocimiento por parte del juez de la injusticia de la resolución: el desconocimiento del derecho aplicable al caso. La inexcusabilidad radicaría en que el juez, de acuerdo con sus capacidades, esencialmente su formación jurídica, podía haber evitado resolver conforme a una normativa derogada o nula. La ignorancia inexcusable del derecho aplicable desemboca en la ignorancia inexcusable de la injusticia de la resolución⁴²⁴.

Sin embargo, la ignorancia no tiene por qué circunscribirse al Derecho, pudiendo referirse a datos relativos al asunto concreto, esto es, a elementos fácticos de incidencia de la resolución. Pues, una cosa es desconocer que un documento obra en la causa (no haberse percatado de su existencia) y otra valorarse de una forma descuidada, por poner un ejemplo. El primer caso es ignorancia y el segundo no, pero ambos obedecen a una conducta descuidada.

Parece, pues, la interpretación más acorde con el sistema de imprudencia del CP y con la configuración de la misma estimar que la ignorancia inexcusable no añade al tipo supuestos de hecho distintos a los que podrían englobarse en el concepto de imprudencia grave. De ello ha de colegirse que la inexcusabilidad de la ignorancia se ha de asimilar a la gravedad de la imprudencia. O quizás sea conveniente, sencillamente, estimar que los supuestos de ignorancia han de pasar por el tamiz de la valoración de tal ignorancia como consecuencia de una “imprudencia grave” y como consecuencia de esa imprudencia grave será “inexcusable”.

⁴²³ FEIJOO SÁNCHEZ, B., *op. cit.* pág. 259 y 260.

⁴²⁴ RAMOS TAPIA M.I., *El delito de prevaricación judicial cit. op. cit.* pág. 432 y 433.

2.2.5. Interpretación jurisprudencial del art. 447 CP

No son muy numerosos los pronunciamientos del TS respecto de esta figura delictiva de prevaricación imprudente. De hecho, llega a manifestar el TS que es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente, pues el hecho de dictar una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el juez, deja poco espacio a un actuar negligente. Su ámbito de aplicación puede ser el de desatención grave de la oficina judicial causal a una actuación judicial manifiestamente injusta, lo que no es el caso de autos⁴²⁵. De ahí que en alguna ocasión señale que la prevaricación culposa solo resultará aplicable en relación con las resoluciones que entrañan una infracción del ordenamiento jurídico patente, grosera, evidente, notoria o esperpéntica. No bastaría, entonces, la mera ilegalidad, sino que habría de concurrir una contradicción clara y palmaria con la norma, debiendo ser aquella tan patente que resulte evidente por sí misma, sin necesidad de ningún esfuerzo interpretativo o justificativo de su existencia⁴²⁶.

Partiendo de las anteriores consideraciones, como línea de principio se señala que el art. 447 degrada la parte subjetiva al establecer que basta que la resolución sea dictada por imprudencia grave o ignorancia inexcusable, pero agrava la parte objetiva, al exigir que la resolución sea manifiestamente injusta⁴²⁷.

Se interpreta, pues que el tipo de prevaricación por imprudencia tiene una estructura doble en el sentido que diferencia la conducta imprudente o negligente propiamente dicha y la ignorancia inexcusable. La primera hace referencia a supuestos de desatención, ligereza o falta de cuidado graves, mientras que la ignorancia inexcusable significa no rebasar el umbral mínimo del conocimiento exigible, en este caso a un juez o magistrado, es decir, se trata de un error provocado por la propia falta de conocimiento o información del sujeto del delito, imputable al mismo, lo que es causa de la sentencia o resolución manifiestamente injusta⁴²⁸.

En orden a la delimitación de lo que haya de entenderse por injusticia manifiesta, estima el TS que la necesidad de que sea injusta con carácter manifiesto incide, más que en el elemento objetivo de la prevaricación, en el tipo subjetivo y particularmente en la necesidad de que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución, se haya representado -culpa con representación- la posibilidad de la realización del tipo, habiendo confiado injustificadamente, al mismo tiempo, en la adecuación a derecho de dicha resolución⁴²⁹. En ese sentido, el delito del artículo 447 del Código Penal requiere que el autor haya obrado con culpa consciente o

⁴²⁵ STS 571/2012 de 29 de junio.

⁴²⁶ STS 992/13 de 20 de diciembre.

⁴²⁷ SSTS. 962/2006 de 19 de septiembre y 992/13 de 20 de diciembre.

⁴²⁸ SSTS. 333/2006 de 15 de febrero y 992/13 de 20 de diciembre.

⁴²⁹ SSTS. 359/2002 de 26 de febrero y 992/13 de 20 de diciembre.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

con representación, por cuanto si la injusticia es manifiesta tiene necesariamente que haberla captado inmediatamente⁴³⁰. La injusticia de la resolución no debe ofrecer, pues, ninguna duda y ha de representar los casos extremos de desatención de los deberes judiciales, cuando aquella se haya dictado con vulneración u omisión de los procedimientos, requisitos legales o comprobaciones que impone la diligencia mínima exigible a todo juez, lo que ha querido resolver el legislador a través del art. 447 CP⁴³¹.

En relación con el grado de intensidad que ha de revestir la imprudencia para ser considerada típica, parte la Sala 2ª del TS que tanto la imprudencia como la ignorancia se encuentran calificadas con los adjetivos “grave” e “inexcusable”, “grave en la terminología del Código Penal, lo que se contraponen, obviamente, con leve y significa una desatención intensa, sustancial, perceptible fácilmente, de una gran entidad, siendo tal modulo subjetivo, el que debe ser apreciado judicialmente, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado, lo que conduce a que solo será admisible la imprudencia temeraria quedando fuera cualquier otra imprudencia, aunque la doctrina especializada resalta cómo el concepto de imprudencia grave o ignorancia inexcusable en el delito de prevaricación no es absolutamente homogéneo con el tradicional concepto de imprudencia temeraria.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia han venido configurando la imprudencia temeraria como la omisión de las más elementales normas de diligencia y cuidado exigibles al ciudadano medio, no obstante lo cual, es claro, que en el ámbito del art. 447 el punto de referencia se debe aplicar no es el de los conocimientos del hombre medio o del buen padre de familia, pues traspasar tal esquema al ámbito de prevaricación judicial, habida cuenta la complejidad inherente al ordenamiento jurídico, haría imposible admitir la existencia de una prevaricación judicial culposa. Por el contrario, la ignorancia será inexcusable cuando entraña la omisión del autor de diligencia exigible al Juez medio. La injusticia habrá de ser manifiesta a los ojos de un juez de formación media, no a los del Juez que dictó la resolución, pues en este último caso nos encontraríamos ante un caso de prevaricación dolosa⁴³².

De estas referencias jurisprudenciales cabe concluir que el Tribunal Supremo se decanta por la distinción entre un tipo objetivo y un tipo subjetivo en el delito imprudente, residenciando en el tipo subjetivo la imprudencia en sí. Por otra parte, distingue un tipo objetivo distinto entre el delito del art 446 y 447 CP, mas fundándolo en la distinta descripción legal del resultado, no entrando a determinar si el tipo objetivo del delito imprudente (como concepto general) es

⁴³⁰ STS 992/13 de 20 de diciembre. Se añade que si el sujeto es consciente de su propia ignorancia o de la falta de cuidado, aceptando que la sentencia o la resolución puede ser injusta como consecuencia de ello concurriría dolo eventual y si tal conciencia no existe y cree, temerariamente, que la resolución es correcta, obraría imprudentemente.

⁴³¹ AATS. 16 de julio de 2008 y 13 de octubre de 2009.

⁴³² STS 992/13 de 20 de diciembre.

distinto del doloso.

En cuanto a la configuración de la imprudencia, asume como elementos constitutivos de la misma la infracción de un deber objetivo de cuidado y la creación de un riesgo no permitido, estableciendo como vínculo subjetivo del autor con el hecho la previsibilidad del resultado. Partiendo de la necesaria existencia de una relación de causalidad, admite la necesidad de, además de ello, imputar objetivamente el hecho, identificando este momento con concretar si el resultado producido es consecuencia del riesgo creado con la acción del autor.

A la hora de definir lo que haya de entenderse por resolución “manifiestamente” injusta alude con carácter inequívoco a que ello supone una cualificación de la injusticia pudiera decirse “simple”, esto es, es un concepto más restringido que éste y llega a afirmar que el deslinde no está exento de un matiz subjetivo, dependiendo de lo que se representó el autor a la hora de dictarla; esto es, que habría de ser manifiesta para el autor, identificándolo con la cognoscibilidad sin conciencia (pues de lo contrario se apreciaría dolo eventual). En todo caso, se estima que manifiesto indica flagrancia, claridad de la injusticia, que se evidencia sin necesidad de mayor interpretación.

El discernimiento de lo que haya de entenderse por imprudencia grave se ha de efectuar teniendo presente que existe otro concepto legal, imprudencia menos grave y la supresión de la imprudencia leve. Es inequívoco, por tanto, que la grave ha de acoger los supuestos más flagrantes de conducta descuidada, mas sin perder de vista que hay que dejar un espacio a la imprudencia menos grave. El canon a tomar a tal efecto es el del juez con conocimientos medios.

En lo que respeta a la ignorancia, se la identifica con un error provocado por la propia falta de conocimiento.

Serán útiles estas aportaciones a la hora de configurar un criterio de interpretación del tipo del art. 447 CP, mas estimo necesario una ordenación de los elementos, a fin de clarificar el contenido de cada uno y su función en la estructura delictiva considerada como un todo.

Así, que la falta de cuidado y la creación de un riesgo son elementos esenciales del delito no puede discutirse. E igualmente es plausible acudir al criterio, como módulo de configuración del cuidado debido, del juez medio (abundaremos sobre esto posteriormente). Mas sí connotar subjetivamente el resultado en función de lo que el autor pudiera o no representarse, pues el resultado en sí no depende de la relación del autor con el hecho sino que es una valoración normativa de lo que haya de entenderse por tal. Y de influir algo distinto de una conceptualización general habrá de ser la situación o contexto, que es de carácter objetivo, no la relación del autor con el hecho.

Y en lo que se refiere a la necesidad de imputación objetiva del hecho, si bien lo trata

el TS en resoluciones no estrictamente referidas al delito de prevaricación judicial, se ha de entender entendiéndose que se parte de un entendimiento de dicha teoría o doctrina de la imputación objetiva más extensiva de lo que un puridad es, pues no siempre se ha de acudir a ella (a sus criterios), debiendo reservarla a supuestos en que el establecimiento de una relación de causalidad entre un hecho aparentemente típico y un resultado también aparentemente típico produce consecuencias insatisfactorias atendiendo a criterios teleológicos de restricción del alcance del tipo no residenciables en otros elementos del delito.

3. RESULTADO TÍPICO: RESOLUCIÓN MANIFIESTAMENTE INJUSTA

La acción descuidada ya descrita ha de llevar al dictado de una resolución manifiestamente injusta. Es éste el elemento que hemos de tratar. Conviene aclarar que no estamos, a la hora de efectuar la definición de lo que consideremos por tal, en sede de atribución normativa al autor. Procede en primer lugar mediante una labor interpretativa de los términos utilizados por el legislador discernir qué haya de considerarse resolución manifiestamente injusta, lo que, obviamente no puede sino efectuarse, una vez más normativamente. Para la fijación no puede perderse de vista que se trata del resultado de una acción imprudente con lo que será inviable connotarla de cualquier contenido que la hiciera depender de cierto grado de conocimiento por el autor o vinculada a la conciencia de un riesgo.

3.1. Decantación preliminar: la prevaricación como delito de resultado

La consideración del delito de prevaricación judicial como delito de mera actividad acción o como un delito de resultado es algo discutido por la doctrina, sin que pueda decirse que haya una opinión mayoritaria que se decante por una u otra posibilidad⁴³³.

Posición favorable a considerar este delito como de resultado mantiene OCTAVIO DE TOLEDO, quien señala para la prevaricación administrativa que es posible distinguir conceptual y fácticamente entre la conducta (dictar) como el procedimiento dirigido a la formación de la voluntad y de otro la emergencia o ingreso en el tráfico jurídico de esa declaración de voluntad. Si bien la conducta y resultado normalmente se superpondrán, la única consecuencia de esto no es conceptual, sino que disminuyen o desaparecen las posibilidades de apreciar la tentativa, mas no significa que éstas no existan. Sin embargo, en un delito de mera actividad es inconcebible la tentativa acabada, mientras que en éste sí (resolución que no se notifica al destinatario o que no se publica en el boletín oficial, si así se exigiera) y por otra parte, podrán pensarse en

⁴³³ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público... cit.* pág. 401 y ss. Comparte la misma opinión, GÜIDI CLAS, estimándolo como un delito de mera actividad; GÜIDI CLAS, E., *op cit.* pág. 68.

problemas causales, lo que no es posible en un delito de mera actividad. En el mismo sentido, RAMOS TAPIA estima que es posible distinguir el procedimiento de formación de la voluntad del juez, en el cual se produce la infracción del deber de vinculación al Derecho y la plasmación de esa voluntad en una resolución contraria al ordenamiento jurídico, que exige que la resolución se documente en la forma prevista en la LOPJ y se ordene su notificación a las partes. En suma, para la consumación del delito se requiere que la infracción del deber por el juez se plasme en una resolución jurisdiccional a través de la cual se afecte la administración de justicia en general y a la posición de las partes en el proceso en particular, lo que puede considerarse resultado material del delito sin el que el delito queda en fase de tentativa⁴³⁴.

Favorable a estimar el delito de prevaricación como de mera actividad pero con una conducta fraccionable, con lo que cabría la tentativa inacabada, sería GONZÁLAEZ CUSSAC⁴³⁵.

Por el contrario, FERRER BARQUERO opta por considerar el delito como de mera actividad, distinguiendo entre acción como mera manifestación de voluntad y resultado como consecuencia externa derivada de esa manifestación y separable temporo-espacialmente de ella. En su opinión, el delito de prevaricación judicial es de mera actividad porque se consume con el mero dictado de una resolución injusta, que es la realización de la conducta típica, pues es entonces cuando se obstruye la función jurisdiccional, al margen de la producción de algún efecto dañoso así como porque no es algo separable temporal ni espacialmente de la conducta típica⁴³⁶.

MANJÓN CABEZA-OLMEDA añade como otro argumento que no sería aplicable el art. 11 CP, pues no es admisible, la omisión porque no es posible afirmar que dictar una resolución sea lo mismo que no dictarla. La única inacción del juez típica, a su criterio, es la del art. 449 CP, constitutiva del retardo malicioso⁴³⁷.

Sin pretensión de profundizar en exceso sobre la cuestión, pues no estimo que para los aspectos aquí tratados no tienen excesiva incidencia, entiendo que existen razones para decantarse por considerar a este delito como de resultado.

Parece deducirse de las opiniones contrarias a estimar que se trate un delito de resultado que la razón esencial es que no es posible separar espacio temporalmente la acción (dictar) del resultado (resolución), ni que se pueda considerar la existencia de resultado como una consecuencia externa de la manifestación de voluntad que constituye la acción. Así como que el delito se consume con el mero dictado de la resolución injusta, siendo irrelevantes las consecuencias derivadas de la resolución, reconducibles a la vía del concurso de delitos.

⁴³⁴ RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación...cit.* pág. 364 y 367.

⁴³⁵ GONZÁLAEZ CUSSAC, J. L., *El delito de prevaricación...cit.* pág. 131 y 132.

⁴³⁶ FERRER BARQUERO, R., *op. cit.* pág. 81 y 82.

⁴³⁷ MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., "Prevaricación e interpretación judicial... *cit.*, pág. 2.

El planteamiento no debe ser la separabilidad espacio-temporal de acción y resultado, sino si conceptualmente son distintos⁴³⁸. Lo relevante es discernir si lo que estiman por resultado los que defienden la existencia de ésta no es más que una mera característica de la acción, en cuyo caso carecería de sentido la división, pues se confundiría el resultado con la acción misma, o bien si, por el contrario, la acción no agota la tipicidad, pues es preciso adicionarle otro elemento para constituir aquella.

Si pensamos en otros delitos claramente reputados de mera actividad acción, como, por ejemplo, conducir un vehículo a motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, aquí la acción de conducir viene connotada porque a esa acción le afecta el consumo de alcohol, concurre éste en la misma. Otros delitos de acción mera actividad, por ejemplo, el de usurpación inmobiliaria, vienen constituido por acciones, -“ocupar” o “mantenerse”- que no requieren connotación alguna.

Por su parte, delitos claramente de resultado, como el homicidio y las lesiones, son descritos mediante acciones como matar, lesionar, que hacen pensar en que, siendo innecesaria mayor descripción, han de ser idóneas para causar el resultado de muerte o lesión. Es decir, sólo es típica la acción de matar. Así por ejemplo, apretar el gatillo de un arma cargada no es acción de matar si se apunta a una diana en una galería de tiro en la que sólo se encuentra el tirador y sí lo sería si se tiene a otra persona enfrente.

En el delito de prevaricación judicial, la acción de “dictar”, en sí misma, carece de connotación alguna en el tipo. No es posible diferenciar, sino nos atenemos al acto del dictar, lo que sería dictar una resolución justa o adecuada al caso de otra que no lo es. En ambos casos, dictar es, bien firmar la resolución, bien pronunciarla oralmente. Sería, en suma, el acto en virtud del cual la resolución ingresa en el mundo jurídico en general y en el proceso en particular. Y como no puede ingresar de otra manera, pues sin firmarla o enunciarla no existe, el “dictado” constituye la resolución. De esta manera, dictar es constituir la resolución y el resultado de esta acción es la resolución ya constituida, que, por su contenido, se reputa, dentro del ámbito típico, injusta. Dicho de otra manera, resolución injusta es el resultado del acto de su dictado.

No puede estimarse la aplicación a esta estructura de un criterio de conexión espacio temporal, pues carece de sentido, dada las características tanto de la acción como del resultado. Mas ello no significa que uno y otro aspecto no sean diferenciables pues la mera acción de dictar -carente de otra connotación, dada la construcción del tipo- no colmaría la antijuridicidad si no va acompañada del resultado de la injusticia de la resolución: dictar una resolución no es típico; dictar una resolución injusta, sí.

⁴³⁸ FERRER BARQUERO alude a que es discutible, incluso, la propia distinción entre delitos de acción y resultado y la conceptualización de éste. *Ibidem*, pág. 80.

Siendo un delito de resultado, pues, admite formas imperfectas de ejecución. Así por ejemplo, habría tentativa cuando el juez ha redactado la resolución, la ha entregado al funcionario encargado de introducirla en el sistema correspondiente de gestión procesal y éste la retiene al percatarse de lo injusto de lo resuelto. O bien cuando el juez, tras redactar la resolución, la tiene en la mesa para firmarla, se dispone a efectuarlo y en ese momento el bolígrafo queda sin tinta o el sistema informático, si se tratara de firma electrónica, deja de funcionar por un fallo de la conexión cuando ya el juez se había autenticado con su clave identificativa y sólo restaba pulsar la opción “firmar”.

Para llegar a esta conclusión no es preciso plantearse las consecuencias que pudiera tener el dictado de la resolución injusta, pues éstas consecuencias no están contempladas en el delito ni como resultado típico ni como condición objetiva de punibilidad.

3.2. ¿Difiere la injusticia “dolosa” de la injusticia “imprudente”?

La cuestión que nos hemos de plantear es si el legislador, al introducir el término “manifiesta” en relación con la injusticia de la resolución, meramente cualifica la resolución injusta, de modo que es más estricto a la hora de admitir la comisión por imprudencia y, por lo tanto, la resolución manifiestamente injusta será una especie del género injusta. O bien, por el contrario, esa redacción legal evidencia que se ha de construir un concepto de injusta propio del delito imprudente que no ha de coincidir con el doloso. Desde esta perspectiva, resolución manifiestamente injusta no sería una especie del género, sino un concepto distinto en sí.

3.2.1. Opiniones doctrinales

En el ámbito doctrinal las opiniones son oscilantes. Se puede identificar una postura que atiende mayormente y en definitiva a la literalidad del término “manifiesta”, de manera que éste intensificaría no ya el grado de injusticia, sino la perceptibilidad de la misma. Es un criterio acorde con el seguimiento de la teoría objetiva.

En esta primera línea podría situarse a GARCÍA ARÁN. Según esta autora, partiendo de que a la injusticia manifiesta se la suele identificar con notoria, evidente o clara, estima que la introducción del término en la descripción de la conducta imprudente conduce a dos problemas. El primero lo identifica con determinar los sujetos para quienes la injusticia deber ser manifiesta y el segundo la relación que tal exigencia tiene con la presencia de la injusticia no necesariamente manifiesta en la prevaricación dolosa⁴³⁹.

Respecto del segundo problema, al excluir del concepto de resolución injusta (para el

⁴³⁹ GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit. pág. 137 y ss.

delito de prevaricación judicial dolosa) las justificables teóricamente, reconoce sentirse obligada a restringir el ámbito de la injusticia, también para la imprudencia, a aquellos supuestos en los que no exista argumento razonable en que sustentar la decisión y la injusticia aparecerá generalmente de una forma clara. Pero ello, razona, no coincide con el requisito de que sea manifiesta. Esto es, no añadiría nada al concepto de injusticia propio del delito doloso. Lo explica sobre la base de dos argumentos. De un lado, porque la injusticia propia de la prevaricación dolosa concurre cuando no pueda encontrarse argumentación alguna que justifique la resolución. Y, de otro lado, porque la exigencia de ser manifiesta la injusticia responde a razones de índole político criminal, teniendo en cuenta los márgenes de error tolerados y asumidos por diferentes respuestas del ordenamiento jurídico⁴⁴⁰. De ahí que llegue a que si la prevaricación dolosa consiste en resolver de forma injusta sin padecer error alguno y se excluyen los errores tolerables, entre ambas situaciones se sitúa el error inexcusable que se corresponde con la prevaricación imprudente. Por tanto en el art 355 ACP (al que se refería al escribir su monografía) se incluyen sólo aquellos errores que el juez diligente y competente no debería padecer y que resultarían manifiestos para cualquier otro profesional del Derecho con su mismo nivel de conocimiento.

Así, FERRER BARQUERO⁴⁴¹ entiende por resolución manifiestamente injusta la que infrinja el ordenamiento jurídico de modo patente o notorio para personas con el mismo nivel de conocimientos jurídicos que el juez⁴⁴².

Una segunda línea interpretativa que del término manifiesta cabe identificar es la que entiende que lo patente ha de ser la falta de seguimiento del “método jurídico”. En la línea interpretativa de la teoría intermedia. Por ejemplo, RAMOS TAPIA⁴⁴³ entiende como resolución manifiestamente injusta aquella que infringe el deber de motivación o fundamentación razonable, por lo que el cumplimiento por el juez de su deber de motivación excluye la posibilidad de calificarla de manifiestamente injusta. A su juicio, si el juez fundamenta jurídicamente su resolución en una interpretación del ordenamiento realizada con técnicas y argumentos extraídos

⁴⁴⁰ Aludiendo a OCTAVIO DE TOLEDO, E., *La prevaricación del funcionario* cit., pág. 358.

⁴⁴¹ FERRER BARQUERO R., *op cit.* pág. 169.

⁴⁴² En esta línea, por resolución injusta entiende ORTS, BERENGUER aquella que lo es de manera palmaria, una ilegalidad sin asombro de duda (ORTS, BERENGUER, *op. cit.* pag. 82); y también se describe la resolución manifiestamente injusta como que supone un plus respecto de la resolución injusta de la prevaricación dolosa y debe comportar una infracción del ordenamiento jurídico patente, grosera, evidente, notoria, esperpéntica *Derecho Penal Parte especial*, ZÁRATE CONDE, A. (Coord.), GONZÁLEZ CAMPO E., MORAL DE LA ROSA, J., DÍAZ TORREJÓN, P., MAÑAS DE ORDUÑA, A., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2016, pág. 806; o que contempla los apartamientos del Derecho más burdos, evidentes o inadmisibles. GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO E. y FIGUEROA NAVARRO C. (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª Ed. Edisofer, Madrid, 2015, pág. 260; QUERALT JIMÉNEZ, por citar otro ejemplo, indica que la ostensibilidad de la injusticia deber saltar a la vista, no se requiere un profundo análisis o investigación sobre la misma o sus antecedentes. QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho Penal Español Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 1283 y 1284.

⁴⁴³ RAMOS TAPIA, M.I., *op cit.* pág. 332 a 334.

del acervo jurídico (interpretación teleológica, a analógica, principios generales) de los cuales deduce lógicamente la solución dada al caso, no podrá tildarse de manifiestamente injusta, aun cuando no se considere acertada por terceros, pues si el tribunal que juzgara la prevaricación entrara a valorar el acierto o desacierto de la resolución estaría limitando la independencia del juez en su función de interpretación y aplicación del Derecho. En suma, el delito se revela como un mecanismo de interdicción de la arbitrariedad (9.3 CE) frente al dictado de resoluciones con fundamento jurídicamente razonable, es decir, con una fundamentación jurídica arbitraria.

De estas dos posturas, obviamente y atendiendo a la opinión ya expresada respecto de la prevaricación dolosa, es evidente que no puedo compartir la opinión de que lo que caracterice a una resolución injusta como manifiestamente injusta sea la carencia de motivación. Ni el cumplimiento del deber de motivación excluye que podamos estar en presencia de una resolución manifiestamente injusta ni su incumplimiento supone que así lo sea. El deber de motivación es insoslayable conforme al art. 120 CE y a través del él se racionaliza la decisión, en el sentido de que se conoce la línea argumental que conduce a la misma, de modo que puede justificarla o no. Ahora bien, el razonamiento en sí puede adolecer de lo mismo que la decisión (refiriéndome con esto, estrictamente, a lo que se dispone), su desacierto. Tan inadecuada como la decisión puede ser la argumentación pues, ¿cabría estimar que una decisión claramente incorrecta o inadecuada, mas con argumentación plausible en orden a justificarla, no es injusta? Porque, se puede ser también imprudente argumentando.

De lo anterior cabe colegir, pues de lo contrario podría llegarse a resultados inaceptables, que no se trata a la hora de definir lo manifiestamente injusto de constatar si la argumentación era o no aceptable, sino también y en línea con la teoría objetiva, si existe una contradicción con lo que el ordenamiento exigiría para el caso concreto, esto es, si la decisión era materialmente, no desde la mera formalidad de su argumentación, adecuada al caso. Obviamente, ello se corresponde parcialmente con el concepto que de la resolución injusta aquí se ha defendido para el delito de prevaricación judicial dolosa. Ahora bien, aunque el supuesto fáctico sobre el que gira la tipificación viene a ser el mismo (dictar una resolución con una determinada connotación), con las diferencias introducidas por el art. 447 CP no puede afirmarse que, cuanto menos, la redacción legal imponga hablar de resultados idénticos. Cabe abundar en esta cuestión.

Se ha de determinar, pues, el contenido del resultado propio del tipo imprudente. Dos variables se ha tener en cuenta. De un lado, que no puede desgajarse la descripción del resultado como integrante del hecho típico (resolución manifiestamente injusta) de la acción imprudente a la que ha de ir ligado por la necesaria relación de causalidad con las limitaciones normativas que eventualmente no permitan imputarlo, precisamente a esa acción imprudente. Y de otro, que por coherencia sistemática, debe estar en correspondencia con la delimitación que de la injusticia se ha hecho para el supuesto doloso.

3.2.2. Razones para una conceptualización diversa de concepto de injusticia

La pregunta en orden a dar respuesta a la cuestión ha de formularse en estos términos: ¿a qué tipo de injusticia se refiere el legislador al tipificar la prevaricación judicial imprudente?

Se ha de partir de que no tiene por qué tratarse del mismo tipo de injusticia que se contempla en la prevaricación judicial dolosa. Hay varios motivos para estimarlo así.

En primer lugar por la propia redacción del tipo. Decir, por un lado, resolución injusta y, por otro, resolución manifiestamente injusta supone apartarse del criterio general seguido en el CP al especificar -en consonancia con el art. 12- cada uno de los supuestos en que se prevé la comisión imprudente. En la inmensa mayoría de ellos el legislador se limita a concretar que la conducta típica, tal y como aparece descrita para la comisión dolosa, puede cometerse por imprudencia (grave, en casi todos los supuestos y menos grave para el homicidio y las lesiones)⁴⁴⁴.

En segundo lugar porque no hay limitación lingüística para no estimar que un adjetivo complementado por un adverbio pueda adquirir un significado distinto que aquel sin adjetivar como consecuencia de la yuxtaposición del adjetivo. En la definición que del término “manifiesto/a” se da en el diccionario de la RAE⁴⁴⁵, la acepción primera, como adjetivo (función gramatical que no desempeña el art. 447 CP) lo define como “descubierto, patente, claro” y como adverbio, que es la función que desempeña (pues complementa al adjetivo injusta), define “manifiestamente” como “de manera manifiesta”. Descubierto, patente y claro se opone a oculto o encubierto. Por tanto, la connotación que aporta no es cuantitativa, en el sentido de

⁴⁴⁴ En concreto, el CP tipifica como delitos susceptibles de comisión por imprudencia grave: Homicidio imprudente (art. 142 CP); Aborto imprudente (art. 146 CP); Lesiones imprudentes (art. 152 CP); Lesiones al feto (art. 158 CP); Manipulación genética imprudente (art. 159.2 CP); Sustitución de niños por imprudencia (art. 220.5 CP); Daños por imprudencia (art. 267 CP); Insolvencia imprudente (art. 259.3 CP); Blanqueo por imprudencia (art. 301.3 CP); Delitos contra los derechos de los trabajadores por imprudencia (art. 317 CP); Daños imprudentes en archivo registro, museo, o patrimonio histórico (art. 324 CP); Contra el medio ambiente imprudente (art. 331 CP); Delitos imprudentes relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes (art. 344 CP); Incendios imprudentes (art. 358 CP); Delitos contra la salud pública imprudentes (art. 367 CP); Falsedad por imprudencia (art. 391 CP); prevaricación judicial imprudente (art. 447 CP); Deslealtad profesional por imprudencia (art. 467.2 CP) inciso último; Delitos contra los derechos constitucionales por imprudencia (art. 532 CP); Revelación de secretos imprudente relativos a la defensa nacional (art. 601 CP); No perseguir determinados delitos por imprudencia (art. 615 bis.2 CP). Y los delitos susceptibles de cometerse por imprudencia menos grave: el delito de homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP) y delito de lesiones por imprudencia menos grave (art. 152.2 CP). Salvo en el delito de revelación de secretos relativos a la defensa nacional (art. 601), en que se describe un tipo objetivo parcialmente distinto de la tipificación dolosa, en el resto de supuestos la tipificación imprudente se limita a declarar expresamente esta forma de comisión respecto del tipo objetivo de la forma dolosa. Incluso al tipificar los supuestos de imprudencia profesional como una de las manifestaciones de la imprudencia, no se incluyen descripciones del resultado distintas de la del delito doloso (pero no estamos hablando de resultado aquí sino de algo que pertenece al desvalor de conducta como es que la imprudencia sea grave o menos grave).

⁴⁴⁵ 23ª edición, actualización de 2018 ,edición “*on line*.”.

que se exija un plus de injusticia, una injusticia más grave, por así decirlo, sino cualitativa. Mas esta cualidad no tiene por qué interpretarse en el sentido de que no haya lugar a dudas, pues entonces no se diferenciaría de la injusticia en sí (partiendo de que, para afirmarla, se ha de estar seguro de ella), o supondría admitir que para la prevaricación dolosa bien se contempla un concepto de injusticia más débil, bien se estima asumible que puede reputarse como injusto algo que no lo sea claramente (y algo no es claro porque genera dudas) habida cuenta que luego se complementa con el dolo, derivando al tipo subjetivo un problema que debió quedar resuelto en el tipo objetivo⁴⁴⁶.

Por tanto y conforme al significado propio de las palabras, la connotación “manifiestamente” no es irrelevante y, al menos desde un punto de vista léxico, permite oponer a la injusticia del art. 446 otra que, cuanto menos, ha de revelarse como tal sin mayor necesidad de interpretación o ponderación. Dicho de otra manera, ha de ser una injusticia más simple que la dolosa.

En tercer lugar y como ya se ha apuntado, aun entendiendo que la forma más adecuada de explicar el delito es que se trata de un delito por responsabilidad institucional y que en última instancia se dirige a restaurar la confianza en la vigencia de la norma, que ha sido defraudada por el autor, en cuanto que ha negado la institución por la que debe velar en su ámbito de organización, ello no es óbice para que pueda identificarse, a la hora de distinguir el dolo de la imprudencia, que subyacen normas distintas al regular su competencia organizativa, pues no es lo mismo combatir que obstaculizar. Esta obstaculización, derivada de no evitar lo cognoscible, se prohíbe también con un imperativo: evita el riesgo. Y ese riesgo no es sino el reverso de actuar cuidadosamente, con lo que, a la postre, ese imperativo también puede formularse como: no actúes descuidadamente. Y no tiene por qué coincidir lo que se ha de evitar sin conocimiento que lo que se provoca con él. Ello justifica, al margen del propio concepto de imprudencia, que se pueda hablar de un tipo objetivo distinto y en este caso que tratamos, incluso, de un resultado típico distinto o, al menos no coincidente con el del tipo doloso.

En cuarto lugar y derivado de lo anterior, porque lo que es susceptible de conocimiento como parte del elemento objetivo del tipo doloso puede ser inviable para ser objeto de una mera cognoscibilidad si se quiere tipificar la imprudencia. Esto es, que existen ciertos elementos del tipo objetivo que, de concurrir, sólo pueden dar lugar a un delito doloso.

⁴⁴⁶ En lo que parece incurrir GARCÍA ARÁN cuando afirma “El hecho de que aquí el autor actúe a sabiendas permite incriminar supuestos en los que pese a poderse establecer con certeza la injusticia ésta no aparece de forma evidente” (*La prevaricación judicial*, cit. pág. 138 y 139). Si puede establecerse con certeza la injusticia, la resolución es injusta, sin necesidad de mayor aditamento subjetivo. Cuestión distinta es que con no aparecer “de forma evidente” quiera hacerse referencia a que se esconde la injusticia bajo argumentos aparentemente correctos. Mas, en este supuesto, descubierta que sea (pues sino, “no hay caso”), será aún más clara y evidente, pues se pretendió encubrir lo injustificable.

Y finalmente, porque no existe aparente obstáculo legal para que el resultado del tipo objetivo del delito imprudente pueda no ser coincidente con el del tipo doloso, más allá de adonde nos pueda llevar la labor interpretativa de la concreta tipificación. Es decir y de esto partíamos, el hecho típico puede ser descrito de modo distinto, como es el caso, pero al margen de ello, el concepto de lo, en definitiva, prohibido (desde la perspectiva del desvalor del resultado), tampoco tiene por qué ser mimético. El art 5 CP lo que viene a establecer es las dos formas de imputación subjetiva admitidas y el art 12 remite la imprudente a su tipificación expresa. Verdaderamente, lo que excede de ello es decisión dogmática.

Expuestas estas razones por las que puede defenderse que el resultado del tipo delictivo de la prevaricación imprudente no tiene por qué identificarse con el del tipo objetivo de la prevaricación dolosa, cabe determinar si, en efecto, así es.

3.3. Definición de resolución “manifiestamente injusta”

3.3.1. Propuesta de definición

Hay que partir de cómo se ha definido en este trabajo la resolución injusta del delito doloso contemplado en el art. 446 CP.

Se ha venido a entender como un elemento típico integrado por la infracción de las normas aplicables al caso y el deber de independencia e imparcialidad al que se halla sujeto el juez, integrándose ambos elementos en el tipo, con naturaleza de hecho típico pero constituyendo, así mismo, el elemento de la antijuridicidad de la conducta típica, participando, por tanto de una doble naturaleza. La infracción de las normas aplicables al caso es lo mismo que decir resolución inadecuada del mismo, que se ha de identificar por el tribunal que juzga la prevaricación.

Esta definición no es compatible con la redacción legal del art. 447 CP en cuanto a la descripción del resultado (resolución manifiestamente injusta) como tampoco con las características de la conducta imprudente.

El quebranto de la garantía subjetiva de la jurisdicción tal y como se ha contemplado (infracción de los deberes de independencia o imparcialidad) crea, desde luego, un riesgo, por ser contrario al deber que compete a todo juez de, en primer lugar, respetar tales principios que son esencia de su función. Y este riesgo (aquí ya no permitido) es que se dicte una resolución inadecuada al caso. Sin embargo, dado que el quebranto de la independencia y la imparcialidad surge del propio juez, no se puede ya hablar de mera cognoscibilidad.

La acción (dictar la resolución) no puede escindirse en dos partes (quebranto de la garantía subjetiva de un lado y quebranto de la garantía objetiva de otro). Sucede, por así decirlo, en unidad de acto. No existe una infracción del deber de independencia o imparcialidad primero y

luego el dictado de la resolución inadecuada. Se dicta la resolución inadecuada quebrantando los deberes. Y ese quebranto tiene lugar con el dictado mismo de la resolución. El dolo (el conocimiento) es consustancial a este acto que, en sí, es una acción final y la resolución ya es parcial. Podrían darse casos de que, pese a que se dicte la resolución con quebranto de los deberes inherentes a la garantía subjetiva de la jurisdicción, no se materialice en una resolución inadecuada al caso. Así por ejemplo, que el juez, pese a querer favorecer a una de las partes (y así resultara acreditado), dictara una resolución que se reputa correcta. En este caso, dado que la acción es una unidad, la falta de quebranto de la garantía objetiva (no dictar la resolución adecuada al caso conforme a las normas que resulten aplicables) hace que la conducta se haya movido dentro del riesgo permitido (o visto desde el anverso, la infracción del deber de cuidado ha sido insuficiente). El desvalor parcial de la acción (por dictar una resolución siendo parcial) podría residenciarse en sede disciplinaria a través de, por ejemplo, la falta muy grave de no abstenerse debiendo hacerlo.

Sin embargo, el razonamiento inverso no puede hacerse. Se trataría del supuesto en que, infringiéndose la garantía subjetiva de la jurisdicción (juez dependiente o parcial) y dictándose una resolución inadecuada (quebranto de la garantía objetiva) se argumentara que no conocía que la resolución era inadecuada. En este caso, se ha actuado dentro del riesgo no permitido, pues no sólo es que se sea parcial o dependiente (sabiéndose tal), sino que se infringe la normativa aplicable para la resolución del asunto. La parte objetiva de la acción concurre. Pero es que también la subjetiva, pues el conocimiento del quebranto de la garantía subjetiva de la jurisdicción contamina la mera cognoscibilidad de la objetiva. El supuesto sería extraño, pues, en circunstancias normales, quien quiere favorecer a una de las partes, dañar a otra o hacer prevalecer sus más variados intereses dicta la resolución que, ante todo, quiere, y desde luego conoce. Pero podrían darse casos en que ese juez pensara “voy a hacerlo con un razonamiento bien fundado para que no se note, de modo que la resolución será a todas luces correcta”. Obviamente, acarrearía gran dificultad determinar aquí que lo que finalmente se reputa incorrecto o inadecuado al caso era conocido como tal por el juez. Pero, precisamente por el postulado de que se partía (infracción de los deberes de independencia o imparcialidad), la cognoscibilidad de este aspecto era alta y se situaría ya en el ámbito del conocimiento mínimo para imputar a título de dolo.

Campo idóneo para supuestos de este tipo sería el ejercicio de potestades discrecionales o del arbitrio judicial. En relación con lo segundo, pensemos en tres jueces comprometidos con la causa palestina y furibundos antisemitas que tuvieran como criterio rector de su actuación perjudicar a cualquier judío implicado en un asunto de su competencia. Como miembros de una Sección de una Audiencia Provincial a la que se reparte para enjuiciamiento un procedimiento abreviado por delito contra la salud pública celebran el juicio y dictan sentencia en la que se da por probado que un rabino israelí, sin antecedentes penales ni vinculación con España, es

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

sorprendido en el control de embarque de viajeros en un aeropuerto portando camuflada en un doble fondo de su maleta una sustancia pulverulenta que resultó ser cocaína, la cual, tras los pertinentes análisis, arrojó un peso, aplicando los pertinentes márgenes de error, de 800 gramos de cocaína pura, sustancia que estaba destinada a su transmisión a terceras personas. En el acto del juicio el Ministerio Fiscal solicitó una pena de siete años de prisión y la acción popular (pues se había personado en ejercicio de dicha acción una asociación contra el fomento del consumo de drogas y estupefacientes) nueve años de prisión. El tribunal ve una ocasión de oro para saciar su afán antisemita, pues el acusado es judío, israelí y rabino, decidiendo, sin mayor justificación, imponer la pena de prisión de nueve años, pues en el fundamento jurídico de la sentencia correspondiente a la individualización de la pena redactan: “en cuanto a la pena a imponer, estimamos proporcionado la imposición de la pena máxima prevista en el tipo del art. 369.1,5ª CP, de nueve años de prisión, que no supera la solicitada por la acusación más grave”.

Presentada querrela por prevaricación y tramitado el correspondiente procedimiento, en el juicio por este delito contra los magistrados declaran como testigos un gestor procesal y el letrado de la Administración de Justicia de la Sección a que pertenecían los acusados, quienes afirman que, encontrándose casualmente en una sala contigua a aquella en que deliberaban los magistrados oyeron, cuando deliberaban el asunto, manifestar al ponente “le cascamos nueve años al puto judío” y a los demás reírse, diciendo uno “así escarmientan estos cerdos” y terciando el último “a la salud de los hermanos palestinos”. Concluye el tribunal que enjuicia la prevaricación, por medio de otras pruebas practicadas, que no era una conversación en tono jocoso sino que, en efecto, manifestaba una inquina real por el pueblo judío.

El letrado defensor de los magistrados argumenta que, aun cuando no pudiera negarse la parcialidad de los magistrados con base en la prueba practicada, lo que asumía, lo cierto es que, más allá de su afán, la pena se ajustaba a la legalmente prevista y no excedía de lo pedido por las acusaciones. Y que, en todo caso, si bien no argumentaron la imposición de la pena máxima, como es preceptivo, ello (la imposición de una pena desproporcionada y la falta de argumentación), a lo sumo, sería una actuación imprudente, solicitando la absolución y subsidiariamente la condena por prevaricación imprudente.

En el presente caso la conducta objeto de acusación habría concurrido en el momento de individualizar la pena. El criterio rector a tal efecto lo marca el art. 66.1,6ª CP, a cuyo tenor “Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.”

Por su parte, la pena prevista en el art 369.1,5ª CP para los supuestos de tráfico de drogas en cantidad de notoria importancia es la de seis a nueve años de prisión. Jurisprudencialmente es doctrina unánimemente asentada que la notoria importancia en caso de cocaína lo es a partir

de 750 gramos de clorhidrato de cocaína (cocaína pura, descontados los adulterantes). Es evidente que si la cantidad se acerca a dicho mínimo (como es la de 800 gramos) y no concurren circunstancias especiales que denotaran mayor antijuridicidad (pues fue interceptado en la mera posesión de la sustancia, sin disponibilidad inmediata de transmisión a terceros) la pena habría de situarse en la cota más baja para ser proporcionada. Imponer, en ese caso, una pena de nueve años era notoriamente desproporcionado, pues, por ejemplo, por transportar una cantidad superior y que no diera lugar a la aplicación del subtipo agrado del art. 370.3° CP, *vgr.* 50 kilogramos, se impondría, a lo sumo, la misma pena. A ello se ha de añadir que en la sentencia dictada los magistrados acusados no exteriorizaron ninguna razón para alcanzar el límite máximo. Por tanto, se podría considerar infringido el art. 66.1,6° CP puesto en relación con el art. 369 CP y estimarse la decisión inadecuada al caso.

En el alegato de la defensa que hemos expuesto, lo que se venía a decir es que no había infracción ni del principio acusatorio, pues la pena máxima fue solicitada por una de las acusaciones, ni del art. 369 CP, pues se respetaban los límites punitivos del precepto. Y se argumentaba que no motivar la pena o excederse en su imposición era una conducta meramente descuidada.

La contemplación del caso en su integridad evidencia que es imposible apreciar imprudencia. Los magistrados acusados del supuesto imaginario, con su falta de imparcialidad, al margen de infringir con conciencia la norma que les obliga a ella, creaban un peligro no permitido, pues en esas circunstancias la posibilidad de decidir inadecuadamente es muy alta. Pero ese peligro no era simplemente cognoscible para ellos. Sabían que la pena decidida era desorbitada y en tal sentido actuaban, guiados por su parcialidad. Formalmente pudieron decir que respetaban el límite máximo del tipo penal y el principio acusatorio y así ocurría, de hecho. Pero el Derecho y la función judicial son algo más y no puede convertir el primero ni estimarse en el ámbito de la segunda, respectivamente, la decisión adecuada o la conducta descuidada por no percatarse de que la pena era sumamente desproporcionada. El mero conocimiento de la falta de imparcialidad y eventualmente la intención de perjudicar o favorecer es incompatible con el descuido. En estas circunstancias, el mero pensamiento de que por situarse la pena dentro del límite legal pudiera estimarse correcta no es mera cognoscibilidad del resultado. No hay descuido y cognoscibilidad, sino (sin necesidad de entrar en la intención) atención y conocimiento, tanto del riesgo como del resultado. Por ello la conducta sólo puede ser dolosa.

Retomando, tras el ejemplo, el hilo discursivo que seguíamos. La definición aportada en este trabajo para la resolución injusta del art. 446 no es compatible con la redacción legal del art. 447 CP en cuanto a la descripción del resultado (resolución manifiestamente injusta) como tampoco con las características de la conducta imprudente.

El ejemplo expuesto y lo señalado en relación con él, lo evidencian. Por tanto, ha de

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

buscarse el contenido que se desprendería de la definición legal que del resultado de la acción típica se efectúa en el art 447 CP.

Que la resolución sea manifiestamente injusta, como ya se adelantó, no guarda relación, desde un punto de vista léxico, con que la injusticia sea más intensa, sino con la forma de evidenciarse la misma. Términos como clara, patente, notoria nos sitúan en el camino de que sea fácilmente advertible, más simple en cuanto a su forma de manifestarse. Contemplado desde otra perspectiva, puede estimarse que es aquella que, sin necesidad de que el juez infrinja un deber específico, adicional, al dictar la resolución inadecuada al caso, se pone de manifiesto. Este tipo de injusticia se ha de revelar de tal modo que no es preciso indagar si su dictado obedeció a una falta de independencia o imparcialidad, sino que su propio contenido supone la negación de la institución. Por otra parte, su explicación sólo puede ser una actuación dentro del rol, si bien inadecuada, de manera que sea incompatible (por las razones que ya hemos visto) con un interés espurio a aquel que ha de presidir la función judicial. Esto es, no puede denotar dependencia, parcialidad o interés alguno, sino únicamente una actuación descuidada. Tan descuidada, que su producto, la inadecuación de la resolución, es patente, evidente y por ello es dicha resolución manifiestamente injusta.

Por otra parte, dado que el resultado ha de ir unido por un nexo de causalidad a la acción, ha de ser compatible con lo que puede causar aquella. En este caso, es producto de una acción descuidada que se sitúa, por tal razón, dentro del riesgo no permitido. Aludía a la importancia del contexto situacional, conforme al cual se ha de determinar si existía un riesgo de lesión y si, a la postre, es riesgo devino prohibido por el modo de desarrollar la conducta. Ello nuevamente abona el terreno a lo evidente que ha de ser la injusticia como resultado típico, fruto de un inadecuado desenvolvimiento de la actividad en su contexto, que la convierte en peligrosa.

Descendiendo al terreno de los ejemplos, piénsese en un juez de instrucción que instruye una causa por terrorismo islámico. En el curso de unas intervenciones telefónicas acordadas en la misma, los agentes de policía judicial que verifican las intervenciones y efectúan el seguimiento de las mismas se percatan de unas conversaciones que indicarían que una célula vinculada a la que es objeto de investigación tiene previsto cometer un atentado contra un museo haciendo explotar un artefacto explosivo de gran potencia en el hall de entrada a la hora de su apertura. El día probable del ataque será dentro de los tres siguientes de la solicitud. Sin embargo, el tenor de las conversaciones no permite identificar ni la ciudad ni el museo, no obstante lo cual se habla de un domicilio en que se encontraría ubicada la organización logística del mismo (planos, documentación del alquiler de los medios de transporte a utilizar, documentación falsa a nombre de los intervinientes, etc...). La unidad policial, relacionando todos los datos conocidos, estima que existe una alta probabilidad de que ese domicilio sea el correspondiente a uno de los investigados en la causa tramitada por el juez, en vista de lo cual,

presenta con gran urgencia una solicitud de entrada y registro de dicho domicilio. Recibida la solicitud, el juez, reputándose incompetente territorialmente, dicta auto en que tiene por efectuada la misma y sin resolver sobre ella, acuerda la inhibición a otro juzgado (no de su misma circunscripción) que estima competente sin adoptar prevención alguna relativa a que, dada la urgencia del asunto, se comunique inmediatamente su decisión al reputado competente.

La decisión de que un juez de instrucción pueda cuestionarse la propia competencia es una posibilidad que se recoge en la LECr, para cuyo tratamiento existen las cuestiones positivas y negativas de competencia. Y en sí es lícita, aun cuando finalmente pudiera resultar competente y su inhibición fuera incorrecta. Ahora bien, dentro de la regulación de las mismas el párrafo tercero⁴⁴⁷ del art. 25 LECr no le exime de seguir practicando las diligencias que, en general, sean indispensables. En este caso es evidente que, más allá de en quién se residenciara definitivamente la competencia, lo cierto es que un juez de instrucción, en el curso de una causa que instruía, tenía conocimiento de la posibilidad de ocurrencia de un delito de previsible gravedad y para cuya investigación, al haber tenido en primer lugar noticia del mismo (cfr. art. 18,2º LECr), tenía competencia. Y dado que existía una alta probabilidad de que se cometiera un delito en que pudieran morir decenas de personas, lo preferente no era plantearse la competencia sino decidir primero sobre la medida de investigación que se le solicitaba (con la finalidad policial de frustrar el atentado) y simultáneamente, incluso, plantear la competencia.

La situación (contexto) pues, era ya de por sí riesgosa, y la actuación del juez demorando el pronunciamiento convertía tal riesgo en prohibido, de lo que resulta que la decisión dictada en ese contexto, infringiendo el art. 25 LECr, era injusta y tal injusticia, sin mayor necesidad de argumentación, era patente. Y ello, aun cuando el correspondiente auto estuviera perfectamente motivado en orden al planteamiento de la competencia. Es irrelevante que posteriormente el atentado fructificara o no, pues el resultado del delito es la injusticia de la resolución, no las consecuencias directas o indirectas que puedan ligarse a la misma. Cuestión distinta es que, si a la postre, el ataque terrorista tuviera lugar, el delito de prevaricación tendría más probabilidad de ser perseguido que de quedar en un mero intento que por cualquier causa se frustrara.

Pensemos en otro supuesto. Presentada denuncia ante un juez de instrucción por delito de apropiación indebida de un vehículo por parte de un cliente de una empresa de alquiler, se solicita en la denuncia la inmediata citación a declarar en calidad de investigado al denunciado, así como que se acuerde, como media cautelar, la intervención y depósito del vehículo. El juez de instrucción que recibe la denuncia estima que resulta competente territorialmente el juez de

⁴⁴⁷ Entretanto no recaiga decisión judicial firme resolviendo definitivamente la cuestión promovida o aceptando la competencia, el Juez de instrucción que acuerde la inhibición a favor de otro de la misma clase seguirá practicando todas las diligencias necesarias para comprobar el delito, averiguar e identificar a los posibles culpables y proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo. A tal efecto, la resolución que inicialmente acuerde la inhibición expresará esta circunstancia, y a ella se acompañará únicamente testimonio de las actuaciones.

otro Partido, por haberse verificado en dicho lugar el acto apropiatorio y encontrarse indiciariamente según la denuncia, ahí el vehículo, ante lo cual y sin pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dicta auto acordando la inhibición.

También en ese segundo ejemplo, se infringe, en similar circunstancia procesal que en el anterior, el art 25 LRCr. Ahora bien ¿dado el contexto, la actuación del juez genera un riesgo no permitido y en definitiva, esa infracción del art. 25, que lo es del cuidado debido, y convierte la resolución en manifiestamente injusta? No parece que la respuesta sea tan evidente como en el primer supuesto. Formalmente podría decirse que sí, pues se infringió la misma norma. Ahora bien, esa infracción no puede desconectarse del contexto de riesgo en que se desenvuelve. No es igual de arriesgado, a los efectos de lesionar el interés objeto de protección, no pronunciarse sobre una medida cautelar de cuya práctica pueden depender vidas humanas que hacer lo propio en relación con una solicitud de intervención de un vehículo. O visto desde un momento anterior a la infracción de cuidado debido, no ofrece igual riesgo el pronunciamiento sobre una medida cautelar relacionada con la investigación de delitos que pueden afectar a la vida que al patrimonio, siempre, en los contextos descritos.

Por tanto, se puede definir como resolución manifiestamente injusta aquella que es inadecuada al caso y que es dictada en un contexto en el que la infracción del deber de cuidado genera un riesgo no permitido.

Desde el puro pragmatismo podría afirmarse que si el resultado va ser el mismo, la atipicidad de la conducta, la cuestión reviste importancia menor. Conviene, no obstante, la clarificación de la misma en orden a un adecuado engarce de todos los elementos del delito y sobre todo, para evitar confusiones conceptuales que en casos distintos puedan dar lugar a equívocos. Ello nos introduce en la cuestión de la imputación objetiva del resultado.

3.3.2. Innecesariedad de la imputación objetiva del resultado

3.3.2.1. La teoría de la imputación objetiva

Afirma GIMBERNAT⁴⁴⁸ que de los elementos de la tipicidad unos (como el dolo o la causalidad) el pensamiento sistemático los toma de la ley misma, que hace una referencia expresa a ellos y otros (los que llamamos imputación objetiva) no los puede extraer de los textos legales, pues ahí no aparecen por ninguna parte: los deduce del principio y fin de las prohibiciones (tipificaciones) penales y de los principios que deben informarlas. Pero insiste dicho autor en que no se ha de confundir lo que son problemas de definición de cada uno de los elementos integrantes de la tipicidad (lo que es acción, resultado, relación de causalidad, dolo o imprudencia) con lo

⁴⁴⁸ GIMBERNAT ORDEIG. E., *Qué es la imputación objetiva...*, cit. pág. 176 y 177.

que es la imputación objetiva del resultado⁴⁴⁹. De ahí que de modo muy elocuente diga que para el viaje de explicar por qué lo que no es acción, o no es causante del resultado típico, o no es doloso, o no es imprudente no es tampoco típico, no se necesitan las alforjas de la imputación objetiva; esas alforjas se necesitan para el viaje de explicar por qué lo que es acción (dolosa o imprudente) causante del resultado típico, a veces, no obstante, tampoco es típico. Previendo, por otra parte, adolecer de lo contrario, esto es, afirmar, por ejemplo, que los resultados inimputables objetivamente no son típicos porque no son acción o no son causales.

Por tanto, concluye GIMBERNAT, el desarrollo de la teoría de la tipicidad depende de que se delimiten claramente sus elementos, sin confundir acción o causalidad con dolo, imprudencia o imputación objetiva, ni a ésta última, en los delitos imprudentes, con la infracción del deber de cuidado.

La imputación objetiva sería, pues, el último filtro (y es de carácter normativo) que tiene que recorrer un comportamiento doloso o imprudente causante del resultado típico (pues sólo tiene sentido respecto de los delitos de resultado) para que pueda afirmarse que concurre en él, definitivamente, el elemento del delito de la tipicidad⁴⁵⁰. La teoría de la imputación objetiva no es unívoca, esto es, cuenta con diferentes versiones en función de la escuela que se adscriba a ella, exponiéndose normalmente mediante la exposición de criterios de exclusión de la tipicidad que resuelven supuestos-tipo concretos.

En su formulación más ortodoxa, vendría constituida por cinco criterios⁴⁵¹, respecto de los cuales no hay tampoco unanimidad en su denominación, admitiéndose, en función de cada autor, variantes o introducción de criterios coincidentes pero denominados de distinta manera.

De los cinco que pueden reputarse ortodoxos, estimo que el que más aplicación puede tener para el delito de prevaricación judicial imprudente es el del fin de protección de la norma.

3.3.2.2. En particular, “el fin de protección de la norma”

Viene a significar que un comportamiento doloso o imprudente causante de un resultado típico no será objetivamente imputable si la norma formalmente infringida no se estableció

⁴⁴⁹ Citando a JAKOBS y su criterio de que en el delito imprudente la imputación objetiva del resultado queda excluida si la acción se ha mantenido dentro del riesgo permitido, esto es, si no ha habido infracción del deber de diligencia, estima GIMBERNAT que si una acción no supera el riesgo permitido entonces no es acción imprudente, con lo cual la ausencia de tipicidad viene fundamentada en un elemento de esta expresamente exigido en la ley (la imprudencia) y no es la imputación objetiva. GIMBERNAT ORDEIG. *Qué es la imputación objetiva*, cit. pág. 178.

⁴⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, E., “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad”, *Nuevo Foro Penal n° 82*, enero-junio de 2014, Universidad EAFIT, pág. 86.

⁴⁵¹ A la sazón, fin de protección de la norma; la acción dolosa causante del resultado típico es una objetivamente correcta; el consentimiento de la víctima en el riesgo; interposición de la conducta dolosa o imprudente de un tercero; Comportamiento alternativo conforme a derecho y teoría del incremento del riesgo.

para evitar ese resultado tal como en concreto se produjo, o sea, si esa forma de producción del resultado cae fuera del fin de protección de la norma⁴⁵².

Se ha de partir de que para que entre en juego el criterio hemos de tener una acción, en este caso imprudente, causante del resultado (una resolución injusta) y que sin embargo no se imputa objetivamente a su autor (es decir, que no se reputa típica) porque la finalidad de la norma no era que el resultado no se produjera con la conducta desplegada por el agente. Es decir, entre las acciones idealmente incluidas en el tipo no se encontraba la que en ese caso concreto produjo el resultado. O expresado de una manera menos enrevesada: el legislador no estaba pensando en eso. Lo que no significa que no exista acción, imprudencia y resultado típicos, de ahí que haya de acudirse a ese criterio complementario del fin. Indica GIMBERNAT que este criterio opera con la tradicional interpretación jurídico-teleológica, que se pregunta qué finalidad es la que ha perseguido el legislador cuando ha establecido una prohibición.

Es ejemplo de su aplicación la impropiedad de imputación por homicidio imprudente consumado del conductor que provocó imprudentemente lesiones a otro en un accidente, el cual tuvo que ser ingresado en un hospital a consecuencia de las mismas y perece en dicho hospital como consecuencia de un incendio que se declara en el mismo.

En general, en otros ejemplos que se suelen utilizar estamos, igualmente que en el anterior, en presencia de problemas de causalidad, dado que la aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones -única de carácter verdaderamente ontológico- permite imputar resultados respecto de los cuales, en relación con la acción de aquel a quien se imputa, concurren eventos o acciones de terceros que distorsionan la vinculación del autor con el hecho.

En los casos del dictado de una resolución manifiestamente injusta, las cuestiones relativas a la relación de causalidad, *a priori*, no son muy problemáticas, pues nada suele interponerse entre la acción descuidada del autor (dictar, resolver) y el resultado (la injusticia manifiesta de la resolución) dado que se suceden sin solución de continuidad, por lo que es difícil que otra acción o evento se interponga entre ellos. Por tanto, en circunstancias normales, no será preciso acudir a criterios normativos excluyentes de la tipicidad. Si retomamos el ejemplo del descuidado juez instructor que se inhibe en lugar de permitir la investigación del ataque terrorista, si éste, finalmente, se produjera y hubiera varios fallecidos, se ha de tener presente que la prevaricación se refiere a la resolución por la que no resolvió la solicitud de entrada y registro, no al efecto indirectamente colateral a ella. Pero imaginemos que se quisiera imputar también al juez, por imprudencia, las muertes acaecidas. Ya respecto de estos homicidios imprudentes sí que cabría plantearse problemas más complejos derivados de la relación de causalidad y podría acudirse al criterio del fin de protección de la norma, señalando que la norma que prohíbe el homicidio no piensa en que éste se cause por acciones descuidadas de jueces que impiden la identificación del autor y la frustración de su plan. Mas en lo atinente

⁴⁵² GIMBERNAT ORDEIG, E. “A vueltas con la imputación objetiva...”, *cit.* pág. 87 a 90.

al dictado de la resolución prevaricadora, el problema causal es nulo, con lo cual, no se plantea la necesidad de acudir a si se puede imputar objetivamente el resultado. Lo mismo sucede con el ejemplo de juez que recibe la denuncia por apropiación indebida.

4. RECAPITULACIÓN

El delito de prevaricación judicial imprudente se puede entender constituido por un tipo objetivo distinto del que es propio del delito de prevaricación judicial dolosa, con un desvalor de acción representado por una conducta descuidada y un desvalor de resultado que consiste en la manifiesta injusticia de esa resolución, integrando ambos elementos el tipo objetivo del delito. La relación subjetiva del autor con el hecho viene representada por el actuar descuidado. Y ese actuar descuidado determina una situación de riesgo no permitido que en parte viene dada por el contexto situacional en que se desenvuelve la actividad y en parte se constituye por el propio actuar que, por descuidado, es riesgoso.

Como toda actividad que *a priori* es vista como necesaria y positiva por el ordenamiento, en este caso acentuado porque el desarrollo de la función judicial es la expresión de una institución de capital importancia en la configuración del estado de Derecho, se ha de asumir cierto grado de riesgo que es inherente a todo actuar humano y que, en consecuencia, se provoquen resultados no deseables pero tolerados por la norma. Sin embargo, existirán resultados producto de un actuar descuidado que ponen en cuestión la institución misma que constituye el ámbito organizativo del juez y que, en consecuencia, no pueden ser tolerados por la norma penal. Para deslindarlos de aquellos que, aunque no deseables, no cuestionan la institución, se ha de realizar una interpretación teleológico-restrictiva del tipo en orden a la identificación de si la situación puede calificarse de riesgos no permitido.

Y el resultado típico es una resolución inadecuada al caso que se evidencia claramente como tal en vista de la situación de riesgo a que se refiere y en que se genera.

Sobre la base de lo anterior, no es preciso acudir, con carácter general, a los criterios restrictivos del alcance del tipo aportados por la teoría de la imputación objetiva sin perjuicio de que, por la problemática que pudiera darse en casos muy específicos, fuera de aplicación alguno de aquellos a fin de evitar resultados indeseados por la norma penal.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS
DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

CONCLUSIONES

1. La prevaricación judicial en el Derecho Penal español se refiere a dos tipos delictivos incardinados en el Título XX del Libro II CP, uno, el del art. 446, que se refiere a la prevaricación judicial dolosa y otro, el contemplado en el art. 447, que se refiere a la prevaricación judicial imprudente. Ambos delitos pueden conceptuarse dentro de la categoría de los delitos de infracción de deber, refiriéndose la propia rúbrica del Título en que se insertan, la Administración de justicia, a la institución de carácter positivo en que se integran los potenciales sujetos activos de ambos delitos, jueces y magistrados, inserción de la que se derivan los deberes cuya infracción, en cada caso concreto, impide la constitución de la institución y el surgimiento de los bienes que derivan de un adecuado ejercicio de la función encomendada. Se trata, por tanto, de dos delitos por responsabilidad institucional siendo la esencia de su tipificación y el objeto último de protección la vigencia de la institución de la justicia en aras de permitir un adecuado desenvolvimiento de las relaciones sociales que interaccionan con dicha potestad pública. Dicha institución no es un bien jurídico en sí misma considerada ni es objeto de protección a través de estos delitos ningún bien jurídico concreto de que sean titulares quienes, a través del procedimiento, sean destinatarios de cada concreta resolución.

2. La norma de determinación subyacente a cada uno de ambos delitos es distinta, si bien comparten la finalidad de constitución, en cada caso particular, de la institución de la justicia. en el delito de prevaricación judicial dolosa la prohibición que determina la tipificación es no atacar a la institución mediante la negación de la misma derivada del incumplimiento de los deberes esenciales que competen a todo juez. En el delito de prevaricación judicial imprudente la norma de determinación obliga a no obstaculizar la constitución de la institución mediante un actuar que, sin infringir todos los deberes esenciales del juez, deviene incompatible con aquella.

3. La tipificación del delito de prevaricación judicial dolosa gira en torno al elemento “injusta”, que adjetiva la resolución estimada como típica. Los intentos doctrinales y jurisprudenciales encaminados a atribuir el necesario contenido a dicho elemento han resultado insatisfactorios por dos motivos esenciales. El primero deriva de la extrema dificultad que reviste determinar en cada caso cuál haya de ser la solución adecuada al mismo, lo que ha derivado en admitir soluciones reduccionistas consistentes en estimarlo bien como una mera contradicción entre la conciencia del juez y su convicción jurídica, bien como la infracción de la norma de derecho aplicable, bien del método jurídico que ha de ser empleado para dictarla, con lo que se omite, verdaderamente, poner el acento en cuál era la solución adecuada para el caso sometido a resolución. El segundo motivo de que las soluciones propuestas sean insatisfactorias es que, dada la ambivalencia de tales criterios para afirmar lo justo y lo injusto, se deriva, de hecho, al tipo subjetivo del injusto, la decantación definitiva de la tipicidad objetiva.

Las consecuencias, indeseables de la situación a que abocan los criterios de interpretación del elemento típico de la injusticia es que, verdaderamente, no se llega a definir de modo consistente qué ha de entenderse por resolución injusta, generando la consiguiente inseguridad jurídica en casos en que se dicten resoluciones que se revoquen por vía de recurso, se declaren nulas o, cuanto menos, sean discutibles jurídicamente o adolezcan de errores de interpretación o aplicación de normas o de criterios de interpretación de las mismas acuñados por la jurisprudencia.

Poniendo en relación este elemento típico con la configuración institucional del delito de prevaricación judicial se llega a la conclusión de que sólo la infracción de los deberes esenciales que competen a cada juez puede dar lugar a una resolución típicamente injusta. Estos deberes vienen constituidos por la garantía subjetiva y la garantía objetiva de la resolución, identificándose la primera con el cumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad y la segunda con dar al caso la solución adecuada. La sola infracción de una de ellas no genera el delito. La de la garantía subjetiva porque, pese a ello, la conducta se movería dentro del ámbito de riesgo permitido, sin perjuicio de la corrección disciplinaria que cupiera respecto de quien quebrantó los deberes integrantes de la misma. Y la infracción de la garantía objetiva no puede dar lugar al delito porque el ordenamiento asume el dictado de resoluciones que, por muy diversos motivos, resulten inadecuadas y aboquen a su revocación, a su declaración de nulidad o, incluso, que resulten procesalmente irrevocables. Lo que no es tolerable, por inasumible, es que se ataque frontalmente la institución cuestionando la esencia de la misma, de la que es presupuesto la independencia e imparcialidad del juzgador.

4. El tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial dolosa se constituye por un dolo concebido como conocimiento del quebranto de la doble garantía de la jurisdicción, esto es,

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

de que ese infringen las normas que obligan a ser independiente e imparcial las aplicables al caso a resolver para llegar a la resolución adecuada al mismo. La necesaria concurrencia de dolo derivada del art. 5 CP despoja de relevancia típica al elemento típico “a sabiendas”, que ninguna connotación añade más allá del aludido conocimiento. Puede prescindirse, por tanto, de exigirse un elemento volitivo añadido al dolo para afirmar que éste concurre. Cabrían supuestos de dolo eventual cuando el conocimiento del quebranto de la garantía subjetiva no fuera para en paralelo al de la alta probabilidad de que con ello se resolviera inadecuadamente, si bien la intensidad normativa del quebranto de la primera garantía hace difícil que sea actúe con el solo conocimiento de una mera probabilidad.

5. Los motivos del autor adquieren relevancia habida cuenta que serán el sustento fáctico para afirmar el quebranto de la garantía subjetiva de la jurisdicción y el conocimiento de la inadecuada resolución que se da al asunto. Por tanto, esos motivos sí que tienen relevancia para afirmar la concurrencia del delito, no pudiendo diluirse en estimarlos como una circunstancia meramente accesorias que nada añade a la tipicidad.

6. Las explicaciones acerca de la prevaricación judicial imprudente tampoco resultan satisfactorias por no incidir en cuestiones como la descripción de la materia de prohibición y la atribución de contenido a la expresión típica “resolución manifiestamente injusta” más allá de estimarlo como una intensificación de la gravedad de la injusticia desde la perspectiva de su apreciabilidad.

7. Sobre la base de la norma de determinación del delito imprudente ya expuesta, el delito del art. 447 CP contiene un tipo objetivo distinto al del delito de prevaricación judicial dolosa contemplado en el artículo que le precede. Este tipo objetivo viene constituido por una acción imprudente, compuesta a su vez por la infracción del deber objetivo de cuidado que compete al juez en el concreto contexto en que actúa, infracción que determina la creación de un riesgo no permitido, el cual se realiza en el resulta del delito, que es la injusticia manifiesta de la resolución.

8. El contexto en que se desenvuelve al acción descuidada opera como criterio restrictivo de un exacerbado alcance de la tipicidad, debiéndose restringir a aquellos supuestos en que la inmediatez de los efectos del dictado de la resolución o la irreparabilidad de eventuales efectos indeseables de la misma exigen extremar el cuidado debido, convirtiendo el descuido en típicamente relevante por constituir la creación de un riesgo no permitido. Este criterio encuentra apoyo en la propia diferenciación que, para el delito de prevaricación judicial dolosa se hace, en sede de pena, en atención al tipo de procedimiento en que se dicta la resolución injusta.

9. El carácter manifiesto de la injusticia propio del delito imprudente se concreta en infringir la garantía objetiva de la jurisdicción precisamente en ese contexto de riesgo en que se desenvuelve la acción consistente en su dictado. Es manifiesta porque, dentro de tal contexto,

el dictado de esa resolución inadecuada que quebranta la garantía objetiva de la jurisdicción se revela como injusta sin mayor necesidad de indagación de móviles, intereses o circunstancias ajenos al ejercicio de la jurisdicción, necesarios para constituir la injusticia propia de la prevaricación judicial dolosa, que no precisa ese carácter de evidencia que reviste a la injusticia propia de la prevaricación judicial imprudente.

10. La relación subjetiva del autor con el hecho en el delito de prevaricación judicial imprudente se desenvuelve en el ámbito de la infracción del deber de cuidado y el control que le compete sobre el ámbito de riesgo dentro del cual, en el contexto dado, se desarrolla su conducta. Siendo todos estos elementos los constitutivos de la acción imprudente, no es preciso adicionar un tipo subjetivo.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS
DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

BIBLIOGRAFÍA

- ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, *RJC*, 1998/3.
- AGUILÓ REGLA, J., “De nuevo sobre Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Revista Jueces para la democracia*, nº 46, marzo 2003.
- AGUILÓ REGLA, J., “Imparcialidad y aplicación de la ley”, en *La imparcialidad judicial*, Estudios de Derecho judicial, Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, 2008.
- AGUILÓ REGLA, J., “Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”, *Revista NEJ - Electrónica*, Vol. 17, nº 2, mayo-agosto 2012.
- AGUILÓ REGLA, J., “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”, *Isonomía*, nº 6, abril 1997.
- ALCÁCER GUIRAO, R., “El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa”, *ADPCP*, VOL. XLIX, 1996.
- ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J. (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “Imparcialidad judicial e independencia judicial”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 105, 2008.
- AROSTEGUI MORENO, J., “La prevaricación judicial. Aproximación a los tipos objetivo y subjetivo. El sujeto activo del delito” en *Estudios sobre corrupción*, FABIÁN CAPARRÓS E. A. y PÉREZ CEPEDA A. I., Ratio Legis Salamanca 2010.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1994.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “La responsabilidad penal de jueces y fiscales en el Estado democrático de Derecho” en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Prof. Doc. D. José María Cerezo Mir*, VVAA, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., (coord.)

- Tecnos, Madrid, 2002.
- BELLO LANDROVE, F., “Los elementos de injusticia y manifiesta injusticia en el delito de prevaricación del Código penal español”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1977.
- BENEYTEZ MERINO, L. en CONDE PUMPIDO FERREIRO, C., (dir.) *Derecho Penal Parte especial*, 2ª ed. Colex, Madrid, 1990.
- BENLLOCH PETIT, G. en VVAA, *Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial*, SILVA SÁNCHEZ J. M. (dir.) y RAGÉS I VALLÈS R. (Coord.), Atelier Libros, Barcelona, 2015.
- BERRUEZO R., *Delitos de dominio y de infracción de deber*; Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2016.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General, II (Teoría jurídica del delito)*, 2ª ed. Tecnos, Madrid, 1998 (6ª reimpresión, 2004).
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal Parte Especial*, Vol. 1, 14ª ed. Bosch, Barcelona, 1975.
- CUELLO CONTRERAS, J. A., “Juprudencia y prevaricación”, *La ley*, 1993-1.
- CÓDOBA RODA, J., “El delito de prevaricación judicial” en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al profesor Cerezo Mir*. DÍEZ RIPOLLÉS (coord.) Tecnos, Madrid, 2002.
- DE ARGÜELLES A., *Discurso preliminar de la Constitución de 1812*, Introducción de SÁNCHEZ AGESTA, L., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1989.
- DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R., “La imparcialidad judicial, una lección sin aprender” *La Ley*, 19804/2009.
- DE SECONDANT MONTESQUIEU C., *Del Espíritu de las Leyes*, trad. BLÁZQUEZ, M. y DE VEGA P., 6ª ed., Tecnos, MADRID, 2006.
- DÍAZ PITA, M.M., *El dolo eventual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ L. M., “La soberanía del legislador”; Notas de Derecho comparado sobre la independencia judicial, *Revista Española de Derecho constitucional*, nº 34, 1992.
- ENGISCH, K., *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales (Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953, reed. 1968), trad. GIL CREMADES, J. J., Comares, Granada, 2004.
- ENGISCH, K., *Einführung in das juristische Denken*, Stuttgart 1956; 9ª ed. Thomas Würtenberger and Dirk Otto, Stuttgart 1997.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., *Resultado lesivo e imprudencia. Estudio de los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, Bosch, Barcelona, 2001.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Del arbitrio y la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2005
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El trasfondo político y jurídico de la *Marbury v. Madison Decision*”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* nº 15, Madrid, 2011.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

- FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- FERRER SAMA, A., *Comentarios al CP IV, (Murcia 1947)*, Madrid, 1955.
- FLORES MENDOZA, F., en VVAA, *Derecho Penal Parte Especial*, ROMEO CASABONA C., SOLA RECHE E. y BOLDOVA PASAMAR, M. A. (Coord.), Ed. Comares, Granada, 2016.
- GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990.
- GARCÍA VALDÉS, C., MESTRE DELGADO, E. y FIGUEROA NAVARRO, C., (coord.) *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª Ed. Edisofer, Madrid, 2015.
- GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como estado social y democrático de derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.
- GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Fundamentos del Sistema de Responsabilidad Penal*, Dykinson, Madrid, 2017.
- GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ J.M., MELENDO PARDOS, M., NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2015.
- GIL GIL, A., *El delito imprudente. Fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos de resultado*, Atelier Libros, Barcelona, 2007.
- GIL GIL, A., “Lo subjetivo en la fundamentación y exclusión de lo injusto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología UNED*, n.º 15, 2005.
- GIL GIL, A., “Acción, norma Injusto y delito imprudente” en *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 74, mayo-agosto 2008.
- GIL GIL A., “Lo subjetivo en la fundamentación y exclusión de lo injusto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, 2005.
- GIMBERNAT, ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Reus Madrid, 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el derecho penal de la culpabilidad”, *Nuevo Foro Penal* nº 82, enero-junio de 2014, UNIVERSIDAD EAFIT.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., *Resoluciones equivocadas y resoluciones prevaricadoras*, El Mundo, 22 de enero de 2002.
- GIMBERNAT ORDEIG E., “¿Tiene un futuro la dogmática penal?”, en *Estudios de Derecho penal* 3ª ed. Madrid, 1990.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Causalidad, omisión e imprudencia” en *ADPCP*, 1994.
- GIMENO JUBERO, M.A., “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal del juez” en *La responsabilidad personal del juez*, Estudios de Derecho Judicial 153/2008, QUINTANA CARRETERO J.P., (dir.), CGPJ, Madrid, 2009.
- GRANDA ALONSO J.L., “El control Constitucional de la justicia española” en *Revista Derecho*

- UNED, nº 16, 2015.
- GÓMEZ MARTÍNEZ, C., “La abstención y recusación como garantías de la imparcialidad del juez”, *Estudios de Derecho Judicial*, CGPJ 2008.
- GÜIDI CLAS, E., *La prevaricación judicial en España y en el Derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2006.
- HASSEMER, W., “Los elementos característicos del dolo” (trad. esp. DÍAZ PITA, M.M.) *ADPCP*, 1990.
- HAVA GARCÍA, E. en VVAA, ÁLVAREZ GARCÍA, FCO. J. (dir.), *Tratado de Derecho Penal español, Parte Especial*, Valencia, 2013.
- HAVA GARCÍA, E., *La imprudencia inconsciente*, Estudios de Derecho penal, Comares, Granada, 2002.
- JAÉN VALLEJO, M. en “Arbitrio judicial, individualización de la pena, motivación y principios constitucionales” en *Estudio y aplicación práctica del Código Penal de 1995, Tomo I, Parte general*, Centro Superior de Estudios y Ed. Colex, Madrid, 1997.
- JAÉN VALLEJO M., “La ilicitud del delito de prevaricación judicial. A propósito de la STS de 15 octubre 1999 y del ATS de 23 julio 2002” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* nº. 04, 2002.
- JAKOBS G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*, trad. de CANCIO MELIÁ, M. y FEIJÓO SÁNCHEZ, B., Cuadernos Civitas, Madrid, 2003.
- JELLINEK, G., *La declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano*, trad. POSADA, A., Comares, Granada, 2009.
- JESCHECK, H. H *Tratado de Derecho penal, Parte general*, trad. de la 4ª ed. alemana, Comares, Granada, 2003.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Imparcialidad judicial y derecho al juez imparcial en la Constitución de 1978”, *Estudios de Derecho Judicial* nº 151, CGPJ, 2008.
- KAUFMANN, A., “Las fuentes originarias de la filosofía del Derecho” en *Filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica en el pensamiento jurídico contemporáneo*, VVAA, KAUFMANN A. y HASSEMER, W. (coord.) ed. española a cargo de GREGORIO ROBLES, Debate, Madrid, 1992.
- KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho (Reine Rechtslehre)*, trad. ROBLES G., Trotta, Madrid, 2011.
- LACRUZ LÓPEZ, J.M. en GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ J.M., MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2015.
- LARENZ, K., *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica* trad. de DÍEZ PICAZO, L., Civitas, Madrid, 1985.
- LARENZ en LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 1ª ed. cast. M. RODRÍGUEZ

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

- MOLINERO, Ariel, Madrid, 2001.
- LAURENZO COPELLO, P., *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LLORCA ORTEGA, J., *Manual de determinación de la pena*, 6ª ed., Tirant lo Blanc, Valencia, 2005.
- LOCKE, J., *Segundo Tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil* trad. MELLIZO CUADRADO, C., Tecnos, Madrid, 2010.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. y RON LATAS, R. P., *La independencia judicial*, Dykinson, Madrid, 2015.
- LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte Especial*, Dykinson, Madrid, 2015.
- LÓPEZ AGUILAR J.F., *La justicia y sus problemas en la Constitución: Justicia, jueces y fiscales en el estado social y democrático de derecho* Tecnos, Madrid, 1996.
- MAGRO SERVET, V., “El nuevo estatuto de la víctima en el proceso penal”, *Diario La Ley*, N° 7495, 2010.
- MANILI, P. L. (Coord.), *Marbury vs. Madison, reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, Porrúa, México D.F, 2011.
- MANJÓN CABEZA-OLMEDA, A., “Prevaricación e interpretación judicial. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2010, por el que se deniega el sobreseimiento pedido por el juez Baltasar Garzón en la causa de la “Guerra Civil” *La Ley*, 1858/2010, 23 de marzo de 2010.
- MANZANO MORENO E. C., “La Justicia, bajo el dominio de un poder político desmedido y sordo”, *Diario La Ley*, n° 7795, 2012.
- MAÑAS DE ORDUÑA, A. en *Derecho Penal, Parte Especial*, ZÁRATE CONDE A. (coord.), Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2015.
- MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios públicos. A propósito de la STS sobre el caso Barreiro” en *ADPCP* Tomo XLIV, 1991.
- MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, C., “Lo objetivo y lo subjetivo en el delito de prevaricación de funcionarios, a propósito de la STS sobre el caso Barreiro” en *ADPCP*, 1991, Tomo XLIV
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.
- MARTÍN RÍOS, M. P., *Víctima y justicia penal: reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*, Atelier, Barcelona, 2012.
- MERINO MERCHÁN, J. F. en *Instituciones de Derecho Constitucional español*, Beramar D. L., Madrid, 1994.
- MEZGUER, E., *Tratado de Derecho penal, Tomo II*, Revista de Derecho Privado, Madrid 1935
- MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed. JM Bosch editor, Barcelona 1982.
- MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el estado social y democrático de derecho*, Ariel,

- Barcelona, 1994.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., *Antijuridicidad y sistema del delito*, J. M. Bosch, Barcelona, 2001.
- CONDE PUMPIDO, C., (coord.) en *Comentarios al Código Penal*, Bosch, Madrid 2007.
- MORILLAS CUEVAS L. en VVAA, *Sistema de Derecho Penal, Parte especial*, MORILLAS CUEVAS L., (Coord.) 2ª ed. Dykinson, Madrid, 2015
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, 20ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Civitas, Madrid, 1979,
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal Parte General*, Rafael Castellanos Ed., Madrid, 1988.
- ORTS, BERENGUER E., *Derecho Penal, parte especial*, GONZÁLEZ CUSSAC J. L. (coord.) Tirant lo Blanch Valencia 2015
- PAREDES CASTAÑÓN J. M., *El riesgo permitido en Derecho Penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1995
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Los Derechos del Hombre en 1789. Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración Francesa”, *Anuario de Filosofía del Derecho* VI, 1989.
- PEDREIRA GONZÁLEZ F.M., *Problemas Fundamentales del delito de prevaricación judicial, doctrina y jurisprudencia*, Ramón Areces, Madrid, 2007
- PEDREIRA GONZÁLEZ F.M., “Delitos de prevaricación” en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* nº 1, septiembre 2011 – febrero 2012
- PUIG PEÑA, F. *Derecho PENAL III*, Revista de Derecho, Madrid, 1955
- PÉREZ LUÑO, E., *La polémica del Nuevo Mundo*, Trotta, Madrid, 1992
- QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal Español, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al CP*, 2ª ed. puesta al día por GIMBERNAT, Edersa, Madrid 1966
- QUINTERO OLIVARES, G., en *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), Aranzadi, Pamplona, 1996
- RADBRUCH, G., *Filosofía del Derecho*, trad. MEDINA ECHAVARRÍA, J., Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1933; reimpresión en Comares, Granada, 1999
- RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, J.M. Bosch editor., Barcelona 1999.
- RAMOS MÉNDEZ, F., “La tutela de la víctima en el proceso penal” en *Justicia: Revista de derecho procesal*, Nº 3-4, 1995.
- RAMOS TAPIA, M. I., “El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 69, 1999
- RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL

- REIGOSA GONZÁLEZ, J.L., “La prevaricación judicial” en *Delitos de funcionarios públicos*, ORTS BERENGUER, E., (dir.), CGPJ, Madrid, 1994
- RODRÍGUEZ BLANCO, V., *La politización de la justicia. Claves de una realidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *Derecho Natural e Historia en el pensamiento europeo contemporáneo*, CSIC, Madrid, 1973.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., JASO ROLDÁN, T. ANTÓN ONECA, A. y RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal II Parte Especial*, Madrid, 1949.
- ROMEO CASABONA, C. M., SOLA RECHE, E. B. y BOLDOVA PASAMAR M. A., *Derecho Penal, Parte Especial*, Comares, Granada, 2016.
- ROXIN, C., *Teoría del tipo penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, trad. BACIGALUPO, E. Ed. B de F., 2ª ed., Montevideo - Buenos Aires, 2014.
- ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción española de la 7ª ed. alemana, CUELLO CONTRERAS/SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2000 y 9ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2016.
- ROXIN C., *Derecho Penal Parte General*, trad LUZÓN PEÑA, D. M. (dir.), PAREDES CASTAÑÓN, J. M., DÍAZ Y GARCÍA DE CONLLEDO, M. y DE VICENTE REMESAL, J., Civitas, Pamplona, 2014.
- RUDOLPHI H. J., *Zum Wesen der Rechtsbeugung* en ZStW, Gruyter, 1970.
- RUIZ MIGUEL, A., “Vigilantes y vigilados: prevaricación judicial y normas sin sanción (a propósito de un caso)”, en *Revista información y debate n° 81*, Jueces para la democracia noviembre/2014.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Un reto para el dolo: los motivos del autor” en *Derecho Penal para un estado social y democrático de derecho*, Estudio penales en homenaje a Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Martín Lorenzo, M., Maqueda Abreu, M. L. y Ventura Püschel, A., Marcial Pons, Madrid, 2016.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Tipo objetivo, prueba del dolo y participación en el delito de prevaricación. Comentario a la STS de 15-10-1999 (Sala 2ª)”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año IX, n° 415, Madrid, 1999.
- SANZ-DÍAZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código penal español, Análisis legal y jurisprudencial*, Tirant Monografías, Valencia, 2007.
- SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO en SERRANO GÓMEZ, A., SERRANO MAÍLLO, A., SERRANO TÁRRAGA M. D., y VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho Penal Parte Especial*, 3ª Ed. Dikynson, Madrid, 2015.
- SILVA MELERO, V., “La verdad y el error en la decisión judicial”, separata de la *Revista General*

- de Legislación y Jurisprudencia*, julio-agosto 1962.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ C., (coord.), *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, 5ª Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2015.
- TARUFFO, M., “La cultura de la imparcialidad en los países del Comon Law y del Derecho continental”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº 151, CGPJ, Madrid, 2008.
- TASENDE CALVO, J., “Aspectos controvertidos de la prevaricación judicial” en *La responsabilidad personal del juez*, Estudios de Derecho Judicial nº 153, QUINTANA CARRETERO, J. P., CGPJ, Madrid, 2009.
- TORÍO LÓPEZ, A., “Delitos de imprudencia, Cuestionario de la reforma” en *Estudios homenaje al profesor Aurelio Menéndez, Tomo IV* Civitas, Madrid, 1996.
- VALDECABRES ORTIZ, M.I., *Imparcialidad del Juez y medios de comunicación*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2004.
- VIADA Y VILASECA, S., *El CP reformado de 1870*, Tomo II, 4ª ed. Madrid, 1890.
- WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, trad. CEREZO MIR, J., B de F, Buenos Aires, 2011.
- ZÁRATE CONDE, A. (coord.), GONZÁLEZ CAMPO E., MORAL DE LA ROSA, J., DÍAZ TORREJÓN, P., MAÑAS DE ORDUÑA, A., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2016.

ASPECTOS PROBLEMÁTICOS EN LA REGULACIÓN Y APLICACIÓN DE LOS
DELITOS DE PREVARICACIÓN JUDICIAL
