



# **TRABAJO FIN DE GRADO**

## **GRADO EN DERECHO**

**CURSO ACADÉMICO 2021 / 2022**

### **TÍTULO:**

**LA PREVARICACIÓN JUDICIAL DOLOSA Y LA CONDUCTA DE DICTAR UNA RESOLUCIÓN O SENTENCIA INJUSTA.**

### **WORK TITLE:**

**MALICIOUS JUDICIAL MALFEASANCE AND THE CONDUCT OF RENDERING AN UNJUST DECISION.**

**AUTORA: PAULA SÁMANO SÁNCHEZ**

**DIRECTOR/A: PAZ MERCEDES DE LA CUESTA AGUADO**

# ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	<b>4</b>
<b>ABREVIATURAS</b> .....	<b>5</b>
<b>I. EL TIPO OBJETIVO DE LA PREVARICACIÓN JUDICIAL</b> .....	<b>6</b>
<b>1. LOS SUJETOS ACTIVOS</b> .....	<b>7</b>
<b>2. CONDUCTA TÍPICA</b> .....	<b>10</b>
2. 1. El verbo típico.....	11
2. 2. Estructura típica en función del resultado .....	12
2. 3. Estructura típica en función de la conducta .....	17
2.3.1. Breve referencia a la prevaricación judicial en comisión por omisión.....	18
a) Causación de un resultado .....	18
b) Posición de garante.....	20
c) Silencio administrativo en el delito de prevaricación judicial.....	22
d) El voto particular y su relación con la comisión por omisión .....	23
<b>3. EL OBJETO</b> .....	<b>24</b>
3.1 El bien jurídico protegido .....	24
3.2. El objeto material en los delitos de mera actividad .....	25
3.3. El objeto material en la prevaricación judicial .....	27
3.3.1 El significado de resolución o sentencia. Planteamiento del problema en relación con su naturaleza jurisdiccional o gubernativa .....	27
a) Las resoluciones de carácter jurisdiccional.....	28
b) Las resoluciones de carácter gubernativo, disciplinario o administrativo .....	30
3.3.2 Breve referencia al problema de las providencias .....	31
<b>4. EL CARÁCTER INJUSTO EN EL TIPO DOLOSO</b> .....	<b>32</b>
4.1. La teoría subjetiva.....	33
4.2. La teoría objetiva .....	35
4.2.1 Criterio de una interpretación defendible .....	38
4.2.2 Criterio de los recursos .....	40
4.3. Teoría intermedia o de la infracción de deberes .....	42
<b>II. TIPO SUBJETIVO DE LA PREVARICACIÓN JUDICIAL DOLOSA</b> .....	<b>43</b>
<b>1. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS EN RELACIÓN CON LA EXPRESIÓN “A SABIENDAS”</b> .....	<b>43</b>
<b>2. ANÁLISIS DE LA EXPRESIÓN “A SABIENDAS”</b> .....	<b>44</b>
2.1. Identificación con el dolo directo.....	45
2.2. Identificación con el dolo eventual. Referencia a la imprudencia. ....	47
2.3. Elemento subjetivo del injusto distinto del dolo. ....	50
<b>III. ERROR EN LA INJUSTICIA</b> .....	<b>50</b>
<b>1. TRATAMIENTO DEL ERROR EN LA INJUSTICIA COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO</b> .....	<b>50</b>
1.1. Introducción.....	50
1.2. El error sobre la injusticia como un error de tipo .....	52
1.3. El error sobre la injusticia como un error de prohibición.....	54
1.4. El error sobre la injusticia como un error de subsunción .....	56
<b>2. El tratamiento del error de la injusticia como norma penal en blanco</b> .....	<b>57</b>
<b>IV. CONCLUSIONES</b> .....	<b>59</b>
<b>V. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>65</b>
<b>VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS</b> .....	<b>68</b>
<b>1. TRIBUNAL SUPREMO</b> .....	<b>68</b>

<b>2.</b>	<b>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>68</b>
<b>3.</b>	<b>AUDIENCIA NACIONAL.....</b>	<b>68</b>
<b>4.</b>	<b>AUDIENCIAS PROVINCIALES: .....</b>	<b>69</b>
<b>5.</b>	<b>TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.....</b>	<b>69</b>

## **RESUMEN**

Este trabajo de investigación tiene por finalidad realizar un estudio del delito de prevaricación judicial dolosa regulado en el artículo 446 del Código Penal en relación con la conducta de dictar una resolución o sentencia injusticia por parte del Juez o Magistrado. Analizaremos en la primera parte, los elementos que constituyen el tipo objetivo del delito de prevaricación judicial dolosa, en la segunda parte, el tipo subjetivo del mismo delito, centrándonos en el estudio detallado de la expresión “a sabiendas” y, en la tercera parte, el tratamiento que tiene el error sobre la injusticia de una resolución o sentencia.

**PALABRAS CLAVE:** Prevaricación Judicial, Juez, Magistrado, resolución injusta, a sabiendas, error sobre la injusticia.

## **ABSTRACT**

This research work aims to complete a study of the crime of malicious judicial prevarication regulated in article 446 CP in relation to the conduct of issuing an injustice resolution or sentence by the Judge or Magistrate. We will analyze in the first part, the elements that constitute the objective type of the crime of malicious judicial prevarication, in the second part, the subjective type of the same crime, focusing on the detailed study of the expression "knowingly" and, in the third part, in the treatment that has the error on the injustice of a resolution or sentence.

**KEY WORDS:** Judicial Prevarication, Judge, Magistrate, unfair resolution, knowingly, error in injustice.

## **ABREVIATURAS**

ACP	Antiguo Código Penal
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
RAE	Real Academia Española
SSAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SSAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

## LA PREVARICACIÓN JUDICIAL DOLOSA

El delito de prevaricación judicial dolosa está regulado en el artículo 446 CP que establece expresamente:

*El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:*

*1.º Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito grave o menos grave y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.*

*2.º Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por delito leve.*

*3.º Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.*

### I. EL TIPO OBJETIVO DE LA PREVARICACIÓN JUDICIAL

En el primer apartado de este trabajo de investigación desarrollaremos algunos de los elementos<sup>1</sup> que integran el tipo objetivo del delito de prevaricación judicial dolosa regulado en el artículo 446 CP: 1) los sujetos activos que son *los Jueces y Magistrados* porque es un delito especial propio, 2) la conducta típica que coincide con *el juez que, a sabiendas, dicta una resolución o sentencia injusta*, sin perjuicio de que la expresión *a sabiendas* es analizada de forma separada en otro apartado destinado al tipo subjetivo de este delito, 3) el objeto de la conducta típica constituido por *las resoluciones o sentencias* y 4) el carácter de *injusto* que debe tener la resolución o sentencia dictada.

---

<sup>1</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Reppertor, Barcelona, 1998, pp. 196- 197.

## 1. LOS SUJETOS ACTIVOS

El sujeto activo del delito de prevaricación judicial no plantea problemas mas allá de que es un delito especial propio<sup>2</sup>, porque únicamente puede ser cometido en concepto de autor por quienes tengan legalmente atribuida la potestad jurisdiccional; esto es los jueces (si se trata de un órgano unipersonal) y los magistrados (si se trata de un órgano colegiado), la responsabilidad penal se extiende desde los Jueces de Paz hasta las más altas Magistraturas debido a que es irrelevante el orden jurisdiccional al que pertenezca el sujeto activo y la posición que ostente<sup>3</sup>.

Ahora bien, no es suficiente con la observancia de un criterio formal (potestad jurisdiccional atribuida legalmente), sino que es necesario también tener presente un criterio material ya que la conducta típica tiene que realizarse “en el ejercicio efectivo de dicha potestad”<sup>4</sup>.

En consecuencia, si solo tuviéramos en cuenta un criterio formal “solo podrían ser sujetos activos del delito de prevaricación quienes reciban legalmente la denominación de Jueces o Magistrados, pero no ejerzan propiamente la potestad jurisdiccional”, en contra si únicamente tuviésemos en cuenta un criterio material “igualmente podrían quedar excluidos algunos sujetos, que, a pesar de no recibir

---

<sup>2</sup> En función de los sujetos que realicen la conducta descrita en el tipo penal cabe diferenciar, por un lado, los delitos comunes que son aquellos donde la ley no restringe el ámbito de los posibles sujetos activos, luego pueden ser cometidos a título de autor por cualquiera y, por otro lado, los delitos especiales que son aquellos que exigen que los sujetos ostenten determinadas características especiales previstas en la ley. Por lo tanto, el delito de prevaricación judicial es un delito especial porque únicamente pueden ser sujetos activos los jueces y magistrados, además pertenece a la categoría “de delitos especiales propios porque solamente es punible la conducta cuando es realizada por ciertos sujetos”, en este caso, los jueces y magistrados, porque “los demás que la ejecuten no pueden ser autores ni de éste ni de ningún otro delito común que castigue para ellos la misma conducta”, a diferencia de los delitos especiales impropios que guardan, correspondencia con un delito común, del que pueden ser autor el sujeto no cualificado que realiza la acción” véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 206-207.

<sup>3</sup> Véase HAVA GARCÍA, E., “La prevaricación judicial”, Álvarez García (dir.). *El tratado de derecho penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, p. 820. También puede verse GÓMEZ PAVÓN, P., “El Estado de Derecho, poder judicial y delito de prevaricación judicial”, en López González y Gómez Pavón (coord.), *Delitos contra la Administración Pública y Corrupción*, Ed. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, pp. 237-238.

<sup>4</sup> véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, Ed. Centros de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2007, pp. 55-58

legalmente dicha denominación, sin embargo, ejercen la función típicamente jurisdiccional”<sup>5</sup>.

El ejercicio de la potestad jurisdiccional es atribuido por el artículo 26 LOPJ a los siguientes Juzgados y Tribunales: de Paz, de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo<sup>6</sup>.

A los Juzgados y Tribunales enumerados es necesario adicionar los Juzgados Centrales de Instrucción y Juzgados Centrales de lo Penal (introducidos por LO 7/1988), los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo (creados por LO 6/1998), el Juzgado Central de Menores (introducido por LO 7/2000), el Juzgado Central de Vigilancia Penitenciaria (creado por LO 5/2003) y los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (introducidos por LO 1/2004)<sup>7</sup>, en virtud del artículo 298 LOPJ dentro de estos órganos ejercen la potestad jurisdiccional los sujetos que hayan reunido los requisitos exigidos para formar parte de la carrera judicial, con la excepción de los Jueces de Paz y sus sustitutos *que ejercen la potestad jurisdiccional sin pertenecer a la carrera judicial*<sup>8</sup>.

Todos los jueces y magistrados que pertenezcan a los Juzgados y Tribunales mencionados son integrantes de la denominada Jurisdicción Ordinaria, según la RAE esta

---

<sup>5</sup> Véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 53-54.

<sup>6</sup> Véase artículo 26, de ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *El ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los siguientes juzgados y tribunales: Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de Violencia sobre la Mujer, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria, Audiencias provinciales, Tribunales superiores de justicia, Audiencia Nacional, Tribunal Supremo.*

<sup>7</sup> Véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 55-58.

<sup>8</sup> Según el artículo 298, de Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *1. Las funciones jurisdiccionales en los juzgados y tribunales de todo orden regulados en esta ley se ejercerán únicamente por jueces y magistrados profesionales, que forman la carrera judicial. 2. También ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la Carrera Judicial, con sujeción al régimen establecido en esta ley, sin carácter de profesionalidad y con inamovilidad temporal, los magistrados suplentes, los que sirven plazas de jueces como sustitutos, los jueces de paz y sus sustitutos.*

*denominación hace referencia al conjunto de juzgados y tribunales pertenecientes a los diversos órganos jurisdiccionales, regidos por la Ley Orgánica del Poder judicial.*

Asimismo, aquellos que no formen parte de la Jurisdicción Ordinaria, pero ejerzan potestades jurisdiccionales podrán ser sujetos activos de un delito de prevaricación judicial como es el caso de los Magistrados del Tribunal Constitucional, que pueden ser sujetos activos de un delito de prevaricación, porque el hecho de que su regulación esté en un título distinto al previsto para el Poder judicial, no permite descartar su carácter de órgano jurisdiccional y, además, sería contrario “a los principios esenciales de un Estado social y democrático de Derecho, mantener que los Magistrados del Tribunal Constitucional no pueden cometer prevaricación”; igualmente los Consejeros del Tribunal de Cuentas pueden ser sujetos activos de este delito, sin perjuicio de que legalmente reciban el nombre de Consejeros, ya que cuando llevan a cabo las funciones de fiscalización externa de la actividad económico-financiera del sector público y el enjuiciamiento de responsabilidad contable ex artículo 136CE, deben recibir el mismo tratamiento que los Jueces y Magistrados a efectos del delito de prevaricación judicial, en tanto en cuanto ejercen la potestad jurisdiccional en los mismos términos que el resto de Jueces y Magistrados; asimismo pueden ser sujetos activos de este delito los miembros de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales regulados en el artículo 125 CE y los miembros del Tribunal del Jurado, respecto de los cuales no hay problema en equiparlos a la figura de los Jueces a efectos del delito de prevaricación judicial, porque “los Jueces legos que integran dicho tribunal están sometidos a la Ley y a los mismos principios que los restantes Jueces e indudablemente se hayan en posición de lesionar el bien jurídico”<sup>9</sup>.

Por el contrario, los miembros de la Jurisdicción Militar, que reciben el nombre de Vocales, tienen prevista una regulación especial en el Código Penal Militar, de manera que no les es de aplicación el artículo 446 CP<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 59- 76.

<sup>10</sup> Véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 59- 76.

En cuanto a la autoría y participación, QUERALT JIMENEZ considera que en el delito de prevaricación judicial solamente es posible “la coautoría entre jueces” porque es un delito especial y esto conlleva que una persona que no tenga la condición de Juez, pero ejecute materialmente el delito (firmando una sentencia o resolución), no puede ser castigada a título de autor, pero si puede ser castigado “como partícipe a título de inductor o cooperador necesario”<sup>11</sup>. En virtud de lo expuesto, el hecho de firmar la resolución o sentencia injusta es un requisito que ha de concurrir para poder exigir responsabilidad penal a título de autor o coautor. Por eso, este autor afirma que “responden todos los firmantes de la resolución, salvo que hayan formulado un voto particular”<sup>12</sup>; voto particular que se contempla en en el artículo 260 LOPJ <sup>13</sup>.

## 2. CONDUCTA TÍPICA

La “conducta”, jurídicamente considerada, solamente es constitutiva de infracción penal cuando el Legislador castiga su realización con una pena, consecuencia del *principio nullum crimen sine lege* <sup>14</sup>. El Derecho Penal positivo español define el concepto de delito en el artículo 10 CP: *son delitos las acciones y omisiones dolosas penadas por la ley*. La conducta es un elemento básico del concepto de delito reflejada en el denominado comportamiento humano externo, porque en un país democrático sólo es admisible castigar “conductas y no personalidades”, en base a un Derecho penal del hecho<sup>15</sup>, constituyendo un límite al *ius puniendi* del Estado<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Véase QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El derecho penal español. Parte especial*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1224-1225.

<sup>12</sup> Según QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El derecho penal español. Parte especial*, cit., pp. 1224-1225.

<sup>13</sup> Véase artículo 260 LOPJ, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *Todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el tribunal con los que estuviere conforme*.

<sup>14</sup> Véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 212.

<sup>15</sup> “El modelo de Estado acogido por el art.1.1, de la Constitución, sólo es admisible castigar conductas y no personalidades (Derecho penal del hecho): sólo hechos concretamente delimitados y no formas de ser o caracteres como los que castigaba el “derecho penal de autor” nacionalista del III Reich” véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*. cit., p.161.

<sup>16</sup> Según DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996 pp. 89-103.

El propio artículo 446 CP solamente prevé como posible una conducta típica: *dictar una resolución o sentencia injusta*, a pesar de recoger diferentes modalidades delictivas en función de *si se trata de sentencia injusta contra reo en causa criminal por delito grave o menos grave*, variando la pena dependiendo de si se ha ejecutado o no la sentencia (apartado 1 del artículo 446 CP), *si se trata de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por un delito leve* (apartado 2 del artículo 446 CP) y cuando se dicte *cualquier otra sentencia o resolución injustas* (apartado 3 del artículo 446 CP)<sup>17</sup>.

## 2. 1. El verbo típico

El verbo típico es “dictar” que es un elemento descriptivo, siguiendo la teoría dualista<sup>18</sup>, porque su interpretación y comprensión no requiere un juicio valorativo, ya que es un verbo con un sentido claro en el lenguaje no jurídico que permite a cualquier persona entender lo que significa acudiendo a su significado natural (reglas del lenguaje común)<sup>19</sup>.

Solamente puede identificarse en el ámbito de la prevaricación judicial la definición efectuada por la RAE próxima a la esfera jurídica *dar, expedir, pronunciar leyes, fallos, preceptos*, en palabras de PREDEIRA GONZÁLEZ, el verbo dictar no

---

<sup>17</sup> La Doctrina mayoritaria considera que dictar una resolución o sentencia injusta responde a la conducta típica del delito de prevaricación judicial dolosa puede verse en los siguientes autores MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 798., HAVA GARCÍA.E., “La prevaricación judicial”, cit., p. 828., ABELLANET GUILLOT, F. “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, en *Revista jurídica de Catalunya*, nº3, p. 78., PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., p. 87. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha identificado como elemento objetivo de la prevaricación judicial dictar una resolución o sentencia injusta puede verse en STS 2338/2001, de 11 de diciembre (ponente: Sr. Giménez García), STS 359/2002 de 26 de febrero (ponente: Sr. Granados Pérez), STS 1002/2009, de 3 de febrero (ponente: Sr. Varela Castro). Por su parte, los Tribunales Superiores de Justicia y, en menor medida las Audiencias provinciales, han reconocido como elemento objetivo del delito de prevaricación judicial dolosa dictar una resolución o sentencia injusta puede verse en STSJ, Cataluña, Sección 1ª, 105/2019, de 28 de octubre (ponente: Sr. Ramos Rubio), STSJ, Madrid, Sección 1ª, 7/2019, de 5 de febrero, STSJ Aragón, Sección 1ª, 3/2019, de 26 de noviembre (ponente: Sr. Samanes Ara), también puede verse en SSAP, Lleida, Sección 1ª, 414/2017 de 1 de septiembre (ponente: Sr. García Navascués).

<sup>18</sup> Los defensores de la teoría dualista defienden: “la distinción entre ambas categorías de elementos lingüísticos deriva de que con la asignación a una u otra categoría se están predeterminando los criterios en base a los cuales el intérprete determinará la extensión e intención del término en cuestión” véase DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art.319CP” en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº6, pp. 15 – 19.

<sup>19</sup> Véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 210- 211.

puede delimitarse con su sentido más vulgar<sup>20</sup>, sino que debe interpretarse como la acción de ordenar, proferir, adherir o firmar una sentencia o resolución, según HAVA GARCÍA, siempre y cuando se integre verdaderamente en el proceso<sup>21</sup>.

A efectos del delito de prevaricación judicial, QUERALT JIMENEZ señala que la persona que lleva a cabo la conducta de dictar una resolución no significa necesariamente que haya elaborado de propia mano la resolución, siendo suficiente con que se acoja a la resolución a través de su firma y, si fuera la resolución elaborada en el seno de un órgano colegiado, basta con efectuar un voto en sentido afirmativo<sup>22</sup>. En conclusión, dictar una resolución o sentencia (entendido como una sentencia ya firmada), siguiendo la postura de QUERALT JIMÉNEZ y PEDREIRA GONZÁLEZ, es el primer paso para hablar de una posible actuación prevaricadora<sup>23</sup>, excluyéndose del ámbito de aplicación del tipo los simples borradores o escritos que finalmente no se concreten en una resolución o sentencia; imaginemos un borrador, en principio injusto, que antecede a una resolución que modifica ese borrador y se convierte en justa<sup>24</sup>.

## 2. 2. Estructura típica en función del resultado

En primer lugar, analizaremos si la conducta descrita en el artículo 446 CP, *dictar una resolución o sentencia injusta*, responde a un delito de mera actividad o a un delito de resultado, en el sentido de si cabe apreciar una acción y un resultado separable espacio – temporalmente de ella, para con posterioridad, fijado el concepto de resultado, determinar si es posible la comisión por omisión en este tipo delictivo<sup>25</sup>.

---

<sup>20</sup> Véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M. *Los problemas fundamentales de la prevaricación judicial*, cit., p. 87.

<sup>21</sup> HAVA GARCÍA, E., “La prevaricación judicial”, cit., p. 829.

<sup>22</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1225.

<sup>23</sup> PEDREIRA GONZALEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 87-93, QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El derecho penal español. Parte especial*, cit., p. 1225.

<sup>24</sup> FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, disponible en [https://www-tirantonline-com.unican.idm.oclc.org/base/tol/librodoctrinas?token\\_id=62bd891e669def00179a8b80](https://www-tirantonline-com.unican.idm.oclc.org/base/tol/librodoctrinas?token_id=62bd891e669def00179a8b80) {fecha última consulta: 22/05/2022}.

<sup>25</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 199-203.

Es conveniente distinguir con carácter previo el concepto de acción y el concepto de resultado para poder subsumir la conducta de *dictar una resolución o sentencia injusta* regulada en el artículo 446 CP dentro de los delitos de mera actividad o dentro de los delitos de resultado. Debido a que a lo largo del tiempo la Doctrina ha manejado diferentes interpretaciones en lo relativo al concepto de resultado con el objeto de distinguir los delitos de resultado con los delitos de mera actividad<sup>26</sup>.

Con carácter general, la acción es entendida como una simple manifestación de voluntad y el resultado como el efecto externo que se desprende de esa manifestación de voluntad <sup>27</sup>. Siguiendo la opinión de MIR PUIG, es más correcto y preciso hablar del término resultado como efecto separable espacial y temporalmente de la acción, por ser fundamento suficiente para distinguir los delitos de resultado con los delitos de mera actividad <sup>28</sup>

En suma, hablaremos de un delito de mera actividad cuando el tipo penal solamente exija la realización de una acción y estaremos ante un delito de resultado cuando el tipo requiera que la acción cause un resultado separable espacio – temporalmente de la conducta<sup>29</sup>.

La Doctrina mayoritaria concibe el delito de prevaricación judicial como un delito de mera actividad. Así, autores como PEDREIRA GONZÁLEZ, ABELLANET GUILLOT y GÜIDI CLAS, descartan la posibilidad de que el delito regulado en el artículo 446 CP sea un delito de resultado, porque este únicamente castiga la realización

---

<sup>26</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “La definición de los delitos de mera actividad a partir del resultado o de los resultados penalmente relevantes”, cit., pp. 77-139.

<sup>27</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p.241.

<sup>28</sup> La distinción entre los delitos de mera actividad y de resultado en función de la producción de un efecto separable espacial y temporalmente de la acción es importante “1) para la exigencia o no de relación de causalidad entre conducta y resultado; 2) la determinación del tiempo y lugar del delito (sólo problemática en los delitos de resultado)”, según MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 200, puede verse también ACALE SÁNCHEZ, M., “La definición de los delitos de mera actividad a partir del resultado o de los resultados penalmente relevantes”, cit., pp. 77-139.

<sup>29</sup> Pueden verse entre otros MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 200; DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., p. 72; ESQUINAS VALVERDE, P., “Clasificación de los delitos. La tipicidad (I)”, en Moreno-Torres Herrera (Dir.), *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 89.

de una acción que consiste en dictar una resolución o sentencia injusta, sin que deba acompañarse de un resultado separable espacio - temporalmente de la misma<sup>30</sup>. Además, según PEDREIRA GONZALEZ, el delito de prevaricación judicial dolosa solo se entiende consumado cuando la sentencia o resolución esté firmada, es decir, el Juez o Magistrado no habrá prevaricado si todavía no ha firmado la resolución o sentencia de que se trate <sup>31</sup>.

El requisito de la firma nos traslada al artículo 259 LOPJ que impone la obligación a los jueces y magistrados de firmar las sentencias en el plazo previsto para dictarlas <sup>32</sup>.

Otros autores, como CARBALLO CUERVO, también consideran que la acción *de dictar una resolución o sentencia injusta* responde a un delito de mera actividad, pero sitúan la consumación del delito, no en el momento en que los Jueces o Magistrados firman la resolución o sentencia, sino cuando interviene el Letrado de la Administración de Justicia, ya sea “con su firma o con expresiones autenticadoras”, porque solamente con esta intervención entienden dictada la resolución, tanto a efectos procesales como a efectos del delito regulado en el artículo 446 CP<sup>33</sup>. Por su parte, para HAVA GARCÍA, el delito de prevaricación judicial dolosa es un delito de mera actividad, estando consumado en el momento en que la resolución o sentencia es incorporada al proceso, pero no cuando es constatada en papel<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Puede verse entre otros, PEDREIRA GONZALEZ, F. M. *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial.*, cit., pp. 87-93; ABELLANET GUILLOT F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p. 78; GÜIDI ALAS, M.E., *La prevaricación judicial en España y en el Derecho Comparado*, Ed. J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2006, pp. 67- 68.

<sup>31</sup> “Mientras no se haya emitido resolución (v.g sentencia sin firmar) no puede decirse que se hayan realizado todos los actos de ejecución y una vez que se haya emitido (v.g sentencia firmada) el delito irremediamente se ha consumado” según PEDREIRA GONZALEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., p. 94.

<sup>32</sup> Según el artículo 259, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *Las sentencias se firmarán por el juez o por todos los magistrados no impedidos en el plazo establecido para dictarlas.*

<sup>33</sup> CARBALLO CUERVO, M.A., “Delitos contra la Administración de Justicia”, en Camacho Vizcaíno (Dir.) *Tratado de Derecho Penal Económico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 2172-2173.

<sup>34</sup> HAVA GARCÍA, E., “La prevaricación judicial”, cit., pp. 838-839.

A diferencia de todos estos autores, RAMOS TAPIA considera que el delito de prevaricación judicial dolosa regulado en el artículo 446 CP es un delito de resultado y ello exige separar “conceptual y fácticamente” la acción y el resultado. De manera que, la acción es entendida como “el procedimiento de formación de la voluntad del juez, en el cual se produce la infracción del deber de vinculación exclusiva al Derecho” y el resultado “es la plasmación de esa voluntad en una resolución que efectivamente resulte contraria al ordenamiento jurídico”<sup>35</sup>. Esto significa que, cuando el artículo 446 CP se refiere a *dictar una resolución o sentencia injusta*, en realidad significa que no es suficiente con que el juez o magistrado manifiesten su voluntad (acción), ya que debe estar reflejada en una providencia, auto o sentencia como exige el artículo 245 LOPJ y, además, ser notificada a las partes (resultado). Según esta autora, el hecho de que no sea suficiente con que el juez o magistrado manifieste su voluntad para la consumación del delito de prevaricación judicial nos traslada a los supuestos de tentativa, los cuales tienen lugar cuando *un sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor* según el artículo 16.1 CP.

La diferencia entre tentativa y consumación es importante a efectos de determinar la pena aplicable, ya que los autores de un delito en grado de tentativa tienen prevista una atenuación obligatoria en el artículo 62 CP<sup>36</sup>, que encuentra su razón de ser en que “la consumación supone siempre un plus de mayor gravedad que la tentativa, porque el desvalor del resultado de aquella es siempre mayor que el de ésta, por más que el desvalor de la acción sea el mismo”<sup>37</sup>. En este sentido, si un juez redacta una resolución que todavía está pendiente de firma en su despacho y resulta que es reemplazado por otro juez que finalmente lo firma y ordena su notificación, para RAMOS TAPIA el primer juez será castigado por un delito de prevaricación judicial en grado de tentativa, porque

---

<sup>35</sup> RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 362-365.

<sup>36</sup> Según el artículo 62 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.*

<sup>37</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte general*, cit., 430.

únicamente ha manifestado su voluntad y el segundo juez, siempre que concurren los elementos subjetivos del injusto, por un delito de prevaricación judicial consumado<sup>38</sup>.

En contra ABELLANET GUILLOT mantiene que el delito de prevaricación judicial es un delito de mera actividad, porque únicamente con el dictado de la sentencia o resolución (sentencia firmada) está consumado el delito, “por lo que no caben formas imperfectas de ejecución”<sup>39</sup>. Tomando como referencia el ejemplo anterior, el primer juez que ha redactado la resolución, pero todavía no la ha firmado, no será responsable penalmente, a diferencia del criterio ya visto de RAMOS TAPIA, quien considera que es responsable en grado de tentativa. Sin embargo, el segundo juez que firma la sentencia será responsable por un delito de prevaricación judicial consumado.

En nuestra opinión, la postura más correcta es la seguida por PEDREIRA GONZALEZ y ABELLANET GUILLOT que consideran que el delito de prevaricación judicial dolosa es un delito de mera actividad y su consumación tiene lugar cuando se dicta una resolución o sentencia injusta, lo que significa que la sentencia debe estar firmada<sup>40</sup>. El delito de prevaricación judicial no requiere para su consumación la causación de un resultado simultáneo o posterior a la conducta típica, porque en caso de producirse y de ser constitutivo de una infracción penal, se tendrá en cuenta para establecer un concurso de delitos con la prevaricación judicial<sup>41</sup>, para atenuar o agravar

---

<sup>38</sup> RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 362-365.

<sup>39</sup> ABELLANET GUILLOT F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., pp. 86-87.

<sup>40</sup> Véase el Auto del STSJ de Cataluña, Sección 1ª, 79/2018, de 19 de julio (ponente: Sr. Ramos Rubio). En esta sentencia se interpone una querrela contra un magistrado por un presunto delito de prevaricación dolosa en concurso con un delito de detención ilegal, sin perjuicio de que la querrela fue desestimada. En este auto se declara que *se trata de un delito doloso que comporta el conocimiento por el autor de la falta de justificación jurídica de tal privación de libertad, o de la injusticia e ilegalidad de la restricción de la libertad, además de la voluntad de originar la indebida restricción, de manera que en supuestos de concurso con el delito de prevaricación judicial relativo a la resolución que hubiere dispuesto la privación de libertad, el delito de detención ilegal o indebida es absolutamente tributario o dependiente de aquel, de manera que si no se diera la prevaricación no podría darse la detención ilegal o indebida*, ST de la Audiencia nacional, Sección 2ª, 20/2020, de 25 de noviembre (Caso Gürtel) (ponente: Sra. García Pérez): Sin perjuicio de que esta sentencia conozca de la prevaricación administrativa y no de la prevaricación judicial, me parece interesante citarla ya que *la Audiencia condena a los acusados como autores y/o cooperadores necesarios de los delitos de prevaricación, malversación de caudales públicos, fraude a las Administraciones Públicas y falsedad en documento oficial cometido por funcionario público en relación de concurso medial (...)*.

<sup>41</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., p. 93.

la responsabilidad del sujeto<sup>42</sup>, o para integrarlo dentro de la responsabilidad civil derivada del delito de prevaricación judicial<sup>43</sup>.

Esta conclusión se predica tanto del artículo 446CP<sup>44</sup>, en relación con el artículo 259 LOPJ<sup>45</sup>, que impone la obligación de firmar las sentencias, en los términos indicados, como del artículo 267.1 LOPJ<sup>46</sup>, que prescribe la obligación de los tribunales de no modificar sus resoluciones una vez que hayan sido firmadas, por lo que no se entenderá consumado el delito con posterioridad, por ejemplo, si el tribunal después de haber signado la resolución interviene con el fin de aclarar un concepto oscuro que estuviera presente en la misma, o desde la notificación de la resolución o la sentencia, en los plazos establecidos por la ley respectivamente<sup>47</sup>.

### 2. 3. Estructura típica en función de la conducta

Los delitos de acción son aquellos en los que la ley prohíbe la realización de una determinada conducta y los delitos de omisión son aquellos que castigan la no realización de una determinada conducta<sup>48</sup>. La diferencia entre los delitos de acción y los delitos de omisión radica en que la norma primaria vulnerada sea de prohibición o de mandato<sup>49</sup>. El delito de prevaricación judicial dolosa es un delito de acción, porque sanciona al Juez

---

<sup>42</sup> MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 798.

<sup>43</sup> GÜIDI CLAS, E. M., *La prevaricación Judicial en España y en el Derecho Comparado*, cit., p. 68.

<sup>44</sup> El artículo 446 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *El juez o magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado (...)*.

<sup>45</sup> Según el artículo 259 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *Las sentencias se firmarán por el Juez o por todos los Magistrados no impedidos dentro del plazo establecido para dictarlas.*

<sup>46</sup> Según el artículo 267.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan.*

<sup>47</sup> Véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., p. 93.

<sup>48</sup> Véase DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., p. 72., también puede verse ESQUINAS VALVERDE, P., “Clasificación de los delitos. La tipicidad (I)”, cit., p.89.

<sup>49</sup> “La diferencia entre acción y omisión depende del criterio valorativo, de la norma de referencia que utilicemos para valorar la conducta humana”, véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 203.

o Magistrado que realiza la conducta prohibida por el artículo 446 CP, consistente en dictar una resolución o sentencia injusta.

### 2.3.1. Breve referencia a la prevaricación judicial en comisión por omisión

Se ha planteado por algún sector de la Doctrina que el delito de prevaricación judicial dolosa pueda ser cometido por omisión<sup>50</sup>. Para la comisión por omisión de un delito tienen que concurrir los requisitos previstos por el Legislador en la cláusula general del artículo 11 CP: *Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación*. En virtud de este precepto, el delito de prevaricación judicial dolosa podrá cometerse en comisión por omisión siempre que se constaten los siguientes requisitos: a) causación de un resultado y b) posición de garante por parte del Juez o Magistrado que ha dictado la resolución o sentencia injusta.

#### a) Causación de un resultado

El primer requisito previsto en el artículo 11 CP responde a la equivalencia material entre una acción y una omisión, a los efectos de atribuir a una omisión la causación de un determinado resultado<sup>51</sup>. Los delitos de comisión por omisión son delitos de resultado y no de mera actividad<sup>52</sup>. Como ya dijimos, la Doctrina ha utilizado distintas

---

<sup>50</sup> La omisión entendida como la no realización de una acción que el sujeto está obligado y en posición de llevar a cabo, puede dar lugar a diferentes modalidades delictivas: por un lado, a los delitos de omisión pura que son aquellos que castigan no llevar a cabo la conducta esperada (son delitos de mera actividad) y, por otro lado, los delitos de comisión por omisión aquellos que imponen la obligación de evitar la causación de un resultado (son delitos de comisión de resultado), véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 252. También puede verse MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 203.

<sup>51</sup> Véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte general*, cit., pp. 257- 258.

<sup>52</sup> El resultado como elemento del tipo objetivo en los delitos de comisión por omisión: “Los sujetos que presentan una especial vinculación con el bien jurídico, no tienen únicamente un deber de actuar, sino un deber de evitación del resultado previsto en los tipos penales, por lo que, de no actuar y producirse el resultado típico, este se les imputará como si lo hubieran causado activamente”, véase MUÑOZ CONDE, F., *“Derecho Penal. Parte especial”*, Ed. Tirant lo Blach, Valencia, 2017, pp. 233- 235. En lo referido al artículo 11 CP claramente indica que: *solo los delitos que consistan en la producción de un resultado podrán ser cometidos en comisión por omisión*, véase ACALE SÁNCHEZ, M., “La parte general especial en los delitos de mera actividad”, cit., p. 245, “El delito de omisión por omisión es un delito de resultado y, para considerarlo como tal, hay que utilizar un criterio que permita equiparar la omisión a la causación de un resultado”, según NUÑEZ PAZ, M.A., “Omisión impropia y Derecho Penal (Acerca del artículo 11 del Código Penal)”, en *Revista Penal*, nº20, julio 2007, p.146. Dispone en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2313268> [fecha de última consulta: 13/05/2022].

acepciones respecto del concepto de resultado con el fin de diferenciar aquella clase de delitos con los delitos de mera actividad<sup>53</sup>. Sin embargo, el resultado únicamente como efecto separable espacial y temporalmente de la acción es suficiente para diferenciarlo de los delitos de mera actividad<sup>54</sup>. En este sentido, PEDREIRA GONZÁLEZ considera que, interpretando restrictivamente el concepto de resultado del artículo 11 CP, el delito de prevaricación judicial no puede cometerse por omisión porque no es un delito de resultado, sino un delito de mera actividad y su consumación exige dictar una resolución o sentencia injusta (que la sentencia este firmada), de tal manera que esta acción no produce un efecto separable espacio - temporalmente de la acción<sup>55</sup>.

El sentido del verbo *dictare*, empleado por el artículo 446 CP para definir la conducta típica, es otro de los argumentos utilizados para negar la posibilidad de la comisión por omisión en el delito de prevaricación judicial. En este sentido, GONZÁLEZ CUSSAC mantiene que el término *dictare* es un verbo activo que, en ningún caso, es equiparable con *no dictare*, atendiendo al *sentido de la ley* como exige el artículo 11<sup>56</sup>. Debido a que el sentido del verbo “dictar” supone la realización de una “conducta activa y positiva” y su unión con el significado del concepto “resolución”, quedando “dictar una resolución” es equivalente a la “declaración de voluntad inequívocamente activa”

---

<sup>53</sup> Véase ACALE SÁNCHEZ, M., “La definición de los delitos de mera actividad a partir del resultado o de los resultados penalmente relevantes”, cit., pp. 77-139.

<sup>54</sup> La distinción entre los delitos de mera actividad y de resultado en función de la producción de un efecto separable espacial y temporalmente de la acción es importante “1) para la exigencia o no de relación de causalidad entre conducta y resultado; 2) la determinación del tiempo y lugar del delito (sólo problemática en los delitos de resultado)” según MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 200, véase ACALE SÁNCHEZ, M., “La definición de los delitos de mera actividad a partir del resultado o de los resultados penalmente relevantes”, cit., pp. 77-139.

<sup>55</sup> El concepto de resultado como efecto separable espacial-temporalmente de la acción y su relación con el delito de prevaricación judicial: “Difícilmente puede afirmarse que la prevaricación judicial sea un delito de resultado en este sentido, pues el tipo de injusto se agota en una acción, esto es, dictar una resolución injusta, sin que se requiera que ello origine un resultado separable de dicha acción”. Además, “una vez que se haya emitido (sentencia firmada) el delito irremediamente se ha consumado” véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 87 – 94.

<sup>56</sup> GONZALEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, disponible en [https://www.tirantonline.com.unican.idm.oclc.org/tol/documento/show/130980?general=prevaricación+funcionario+público&libro doctrina=4281&navigate\\_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%2Fnavigate%3Ftoken\\_id%3D62b96e73c7fb0c001741b168&next\\_index=3&num\\_found=13&pais=esp&prev\\_index=1&search\\_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%3Findex%3D2%26token\\_id%3D62b96e73c7fb0c001741b168&to\\_lweb\\_search\\_token\\_id=62b96e73c7fb0c001741b168](https://www.tirantonline.com.unican.idm.oclc.org/tol/documento/show/130980?general=prevaricación+funcionario+público&libro doctrina=4281&navigate_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%2Fnavigate%3Ftoken_id%3D62b96e73c7fb0c001741b168&next_index=3&num_found=13&pais=esp&prev_index=1&search_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%3Findex%3D2%26token_id%3D62b96e73c7fb0c001741b168&to_lweb_search_token_id=62b96e73c7fb0c001741b168) [fecha última consulta: 27/06/2022].

efectuada por el juez y reflejada en un documento que él mismo firma y suscribe<sup>57</sup>. De manera que, no se puede conceder a la omisión el mismo efecto que dictar una resolución o sentencia injusta, puesto que ello supondría extender en exceso la expresión gramatical *dictare* del artículo 446CP<sup>58</sup>.

Sin embargo, RAMOS TAPIA considera que no es argumento suficiente para descartar la comisión por omisión en el delito de prevaricación judicial que la expresión “dictar una resolución” responda únicamente a una conducta activa y no omisiva, ya que la equivalencia entre la realización activa y omisiva del tipo penal no puede ser observada en base a criterios naturales, sino atendiendo a la estructura normativa del tipo, por lo que afirma esta autora que el verbo “dictar una resolución no alude a un actuar positivo del que se deriva causalmente una resolución injusta, sino a la resolución injusta de un asunto jurídico imputable a la conducta del juez y tal resolución injusta le será imputable tanto si efectivamente la ha creado directamente con su actuación positiva, como si ocupando la posición de garante respecto de ese asunto jurídico, no ha evitado que se resuelva injustamente”<sup>59</sup>.

#### b) Posición de garante

Una vez descartado que se trate de un delito de resultado y analizado el sentido del verbo dictar, para una posible apreciación de la comisión por omisión, deviene

---

<sup>57</sup> ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p. 78.

<sup>58</sup> “Apartarse del sentido usual significaría una ampliación del ámbito de lo punible. Así se sigue de la prohibición, vinculada al principio de legalidad, de aplicación de la ley penal mas allá del sentido literal posible en sus términos, aunque exista analogía (prohibición de analogía in malam partem)”. Además, referido al artículo 11 CP afirma que: “la admisión legal expresa de la comisión por omisión de delitos resultativos no debería abandonar este principio de no superación del sentido literal posible del verbo típico en el lenguaje ordinario -Aunque el art-11 permita literalmente incluir en los tipos resultativos todas las omisiones que equivalgan a la causación positiva de del resultado típico, en ciertas condiciones que no incluyen expresamente la de respetar el alcance máximo del lenguaje ordinario” véase MIR PUIG, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 5, 2003, pp. 7-8. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=759115> [fecha última consulta: 13/05/2022].

<sup>59</sup> En primer lugar, uno de los argumentos mas utilizados por la jurisprudencia y por la doctrina, en contra de la comisión por omisión, es que el verbo dictar describe una conducta eminentemente activa, con lo que el legislador estaría exigiendo que el tipo solo pueda ser llevado a cabo mediante la realización de una actividad, no omisivamente. Argumento que rechaza, por considerar que lo relevante es tener en cuenta la estructura normativa de los tipos activos, ello conlleva “la estructura normativa del tipo no se opone a la consideración de la posibilidad de la prevaricación judicial en comisión por omisión” según RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 369-370

necesario volver al artículo 11, que equipara la acción a la omisión en dos supuestos: a) cuando exista una obligación legal o contractual de actuar, b) cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. A nuestros efectos, el primer supuesto, cuando exista una obligación legal o contractual de actuar, constituye el segundo requisito que ha de concurrir para afirmar la omisión en el delito de prevaricación judicial. Este segundo requisito es denominado posición de garante o deber de evitar un resultado<sup>60</sup>.

Esta obligación especial o posición de garante, según GONZÁLEZ CUSSAC, no está presente en el delito de prevaricación judicial dolosa, porque el juez no infringe ningún deber jurídico cuando no dicta una resolución para corregir una situación injusta, debido a que su estatuto jurídico no le obliga a ello<sup>61</sup>. En contraposición, RAMOS TAPIA considera acreditado que el juez o magistrado ostenta una posición de garante porque tiene un deber de decidir con vinculación exclusiva al derecho y es en el cumplimiento de ese deber cuando el juez garantiza la institución de la administración de justicia (bien jurídico protegido), en tanto en cuanto, el delito de prevaricación judicial debe ser calificado como “un delito de responsabilidad institucional”<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> La denominada posición de garante significa que el sujeto tiene “la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión, esto es lo que el art.11 llama un *especial deber jurídico del autor*” según MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte general*, cit., pp. 259-261

<sup>61</sup> CUSSAC GONZALEZ, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, cit.

<sup>62</sup> El delito de prevaricación judicial responde a un delito de responsabilidad institucional, pero no a un delito de infracción de deber, porque, aunque la “esencia del ilícito sea la infracción de un deber por parte del juez en el ejercicio de su función jurisdiccional. Ello no quiere decir que deba concebirse este delito como la infracción, por parte de un funcionario público, de los deberes que en el ejercicio del cargo ha asumido frente al estado”, ya que en “la alusión a la infracción de deberes, puede contemplarse el ilícito de la prevaricación como la infracción de un deber extrapenal derivado, no de las relaciones del sujeto con el estado, sino de la propia posición jurídica que ocupa el juez en relación con la administración de justicia”. Continúa diciendo “que la esencia del ilícito de la prevaricación judicial no puede desconocerse que la relación entre el juez y la administración de justicia no puede definirse de un modo negativo como un mero no-lesionar o no-poner en peligro el bien de la justicia o de la realización del derecho (...), sino que esa relación está definida positivamente, en cuanto que el juez debe garantizar dicho bien”. Además, esta radica en que el bien jurídico protegido en la prevaricación judicial es la administración de justicia, según RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 136-160. En contraposición a otros autores que defienden que el objeto de protección es la tutela judicial efectiva como PEDREIDA GONZALEZ, F. *Los Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y jurisprudencia*”, cit., pp. 48-52 y HAVA GARCÍA, E., “La prevaricación judicial”, cit., pp. 814-819.

c) Silencio administrativo en el delito de prevaricación judicial

Otro de los problemas planteados es si cabe cometer el delito de prevaricación judicial en comisión por omisión a través del denominado silencio administrativo. En el ámbito de los delitos de prevaricación cometidos por funcionarios públicos<sup>63</sup>, el Tribunal Supremo reconoce la posibilidad de exigir responsabilidad penal por un delito de comisión por omisión al funcionario que estuviere obligado a dictar una resolución y no lo hiciera<sup>64</sup>. Ahora bien, solo cabe la prevaricación administrativa omisiva *en aquellos casos en los que la autoridad o funcionario se ve impelido al dictado de una resolución, bien porque exista una petición de un ciudadano y el silencio de la autoridad o funcionario equivalga legalmente a una denegación, o bien porque haya intervenido de oficio y, tras su actuación, sea precisa una resolución, de manera que la omisión de la misma suponga un reconocimiento o denegación de derechos* (STS 771/2015, de 2 de diciembre)<sup>65</sup>. Sin embargo, en interpretación de FERRER BARQUERO, no pueden trasladarse las interpretaciones efectuadas respecto de las resoluciones administrativas a las resoluciones judiciales porque en el ámbito de la administración de justicia no opera el silencio regulado en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>66</sup>. El silencio solamente se predica respecto de

---

<sup>63</sup> Véase el artículo 404 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años.*

<sup>64</sup> STS 647/2002, de 16 de abril (ponente: Sr. Abad Fernández): *en aquellos supuestos especiales en los que la autoridad o funcionario esté imperativamente obligado a dictar una resolución, la omisión tiene efectos equivalentes a la denegación (comisión por omisión).*

<sup>65</sup> STS 771/2015, de 2 de diciembre (ponente: Sr. Menéndez de Luarca).

<sup>66</sup> Véase el artículo 24.1 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sobre el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado: *1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, (...) , el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, (...) El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, (...), aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado.*

la falta de actuación de la administración pública, no de la inactividad judicial<sup>67</sup>. Al respecto se pronuncia RAMOS TAPIA, señalando que la imposibilidad de sustituir la resolución dictada por el juez por una resolución presunta no es argumento suficiente para descartar la comisión por omisión en el delito de prevaricación judicial<sup>68</sup>.

En este sentido FERRER BARQUERO manifiesta que si lo pretendido es castigar la “inactividad” del juez o magistrado<sup>69</sup>, es necesario traer a colación, por un lado, el delito que castiga la negativa a juzgar regulado en el artículo 448 CP<sup>70</sup> y, por otro lado, el delito que sanciona el retardo malicioso en la administración de justicia regulado en el artículo 449.1CP<sup>71</sup>. Advertir que aparentemente son de índole omisiva, pero en realidad tienen la naturaleza propia de los delitos de acción así lo señala MUÑOZ CONDE “*la negativa a juzgar es una conducta activa y el retardo debe ser provocado*”<sup>72</sup>.

#### d) El voto particular y su relación con la comisión por omisión

También se plantea el problema en relación con la posibilidad de prevaricar en comisión por omisión por quien, en el seno de un órgano colegiado, está en contra de la propuesta de resolución, pero no redacta el voto particular que permite a sus miembros apartarse de la decisión adoptada por mayoría regulado en el artículo 260.1LOPJ<sup>73</sup>. La respuesta al problema planteado parte de las siguientes cuestiones: por un lado, en el

---

<sup>67</sup> Véase FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, cit.

<sup>68</sup> RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 368-369.

<sup>69</sup> FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, cit.

<sup>70</sup> Según el artículo 448 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal: *El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.*

<sup>71</sup> Véase el artículo 449.1 de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal: *En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.*

<sup>72</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pp. 801-802.

<sup>73</sup> Véase artículo 260.1 LOPJ, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *Todo el que tome parte en la votación de una sentencia o auto definitivo firmará lo acordado, aunque hubiere disentido de la mayoría; pero podrá, en este caso, anunciándolo en el momento de la votación o en el de la firma, formular voto particular, en forma de sentencia, en la que podrán aceptarse, por remisión, los puntos de hecho y fundamentos de derecho de la dictada por el tribunal con los que estuviere.*

delito de prevaricación judicial “responden todos los firmantes de la resolución salvo que hayan formulado voto particular”<sup>74</sup> y, por otro lado, la obligación de firmar las sentencias *por el juez o por todos los magistrados* está regulada en el artículo 259 LOPJ<sup>75</sup>.

La Doctrina mayoritaria considera que no cabe exigir responsabilidad penal por un delito de prevaricación judicial al magistrado que discrepe de la propuesta ilegal del ponente, aunque esté obligado a firmar la resolución o sentencia que se trate, porque no es imprescindible la redacción de un voto particular para eximir su responsabilidad penal<sup>76</sup>. Sin embargo, GARCÍA ARÁN manifiesta que, si únicamente son responsables penalmente los magistrados que firman la resolución salvo los que emitan un voto particular, los magistrados que no estén a favor de la resolución, pero no hayan redactado un voto particular, son responsables en comisión por omisión y quienes la “aprueban”, sin emitir un voto particular son responsables en “comisión activa”, porque firmar lo hacen todos los magistrados, estén a favor o en contra<sup>77</sup>.

### **3. EL OBJETO**

La resolución o sentencia constituye el objeto material en el delito de prevaricación judicial dolosa<sup>78</sup>, pero con carácter previo a su desarrollo es necesario advertir que el bien jurídico protegido y el objeto material o de la acción son conceptos distintos.

#### **3.1 El bien jurídico protegido**

El bien jurídico protegido es un “valor” protegido por la ley que puede ser individual o colectivo<sup>79</sup>. A efectos del delito de prevaricación judicial, para la posición

---

<sup>74</sup> QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El derecho penal español. Parte especial*, cit., pp. 1224-1225.

<sup>75</sup> Véase artículo 259 LOPJ, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *las sentencias se firmarán por el juez o por todos los magistrados en el plazo establecido para dictarlas*.

<sup>76</sup> CARBALLO CUERVO, M.A., “Delitos contra la Administración de Justicia”, en Camacho Vizcaíno (Dir.) *Tratado de Derecho Penal Económico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 2169.

<sup>77</sup> GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, pp. 97-98.

<sup>78</sup> CARBALLO CUERVO, M.A., “Delitos contra la Administración de Justicia”, cit., p. 2165.

<sup>79</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 278-279.

minoritaria, el objeto de protección en este tipo penal es la tutela judicial efectiva<sup>80</sup> y, por tanto, el bien jurídico protegido será individual, pero para el Tribunal Supremo y la Doctrina mayoritaria, el objeto de protección es la Administración de Justicia<sup>81</sup> y, por consiguiente, el bien jurídico protegido es de carácter colectivo.

### 3.2. El objeto material en los delitos de mera actividad

El objeto material u objeto de la acción es la persona o cosa afectada físicamente por la acción típica, distinto del objeto jurídico que coincide con el bien jurídico<sup>82</sup>.

La Doctrina predominante defiende que, los delitos de mera actividad no exigen la causación de un resultado que conlleve el menoscabo o lesión del objeto material de la conducta (referido a la persona o cosa sobre la que recae de primera mano la acción) y,

---

<sup>80</sup> La relación entre la tutela judicial efectiva y la prevaricación judicial se traduce, principalmente, en que: “no basta con proporcionar al ciudadano que ejerce su pretensión ante un órgano jurisdiccional una resolución de fondo cualquiera, sino que se requiere una resolución fundada en derecho” según HAVA GARCÍA.E. “La prevaricación judicial”, cit., pp. 814-819, “El correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional no constituye mas que un intermedio, pues la finalidad última es proteger uno de los aspectos esenciales del derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva”. Además, la defensa de la tutela judicial efectiva como bien jurídico de este delito, encuentra justificación en la doctrina constitucional: “uno de los aspectos esenciales en los que ha insistido la jurisprudencia constitucional es, que no puede bastar con una resolución de fondo cualquiera, sino que se requiere una resolución fundada en derecho”. Finalmente “cabe afirmar que cada vez que un juez o magistrado dicte una resolución injusta a los efectos del delito de prevaricación judicial, resultará lesionado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva” según PEDREIDA GONZALEZ, F., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 48-52, véase GÓMEZ PAVÓN, P., “El estado de derecho, poder judicial y delito de prevaricación judicial”, cit., pp. 224- 236.

<sup>81</sup> Véase la STS 2/1999, de 15 de octubre, (ponente: Sr. García Ancos): *el delito de prevaricación no consiste en la lesión de bienes jurídicos individuales de las partes en el proceso, sino en la postergación por el autor de la validez del derecho o de su imperio y, por 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.CE*, El concepto de justicia debe ponerse en relación con el artículo 117 de la constitución. Esto supone que “la función estatal de administrar justicia, desempeñada de modo exclusivo por los integrantes del poder judicial, es el objeto de protección en los delitos contra la Administración de justicia” véase GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p.47, “El fundamento del 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, así como bien jurídico que el juez corresponde garantizar (...) En el delito de prevaricación judicial se protege penalmente el deber de resolver con vinculación exclusiva al derecho”. Además, es posible “la afección de derechos fundamentales de los ciudadanos en la administración de justicia como el derecho a la tutela judicial efectiva (Art.24), el de igualdad en la aplicación de la ley (art.14) el de legalidad penal (art.25) o e derecho a la presunción de inocencia (Art.24.2). Sin embargo, el contenido material del injusto no reside en la lesión de ninguno de esos derechos, cuya afección por las resoluciones es contingente” véase RAMOS TAPIA, M. I, *El delito de prevaricación judicial*, cit., véase ABELLANET GUILLOT, F. “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.78.

<sup>82</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte General*, cit., pp. 278-279, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, cit., p.199.

por el contrario, los delitos de resultado no solamente lo exigen y castigan, sino que, además, separan la acción del efecto provocado<sup>83</sup>. Siguiendo la postura de ACALE SANCHÉZ, en la actualidad, los delitos de mera actividad están definidos en un sentido negativo, ya que hablamos de esta clase de delitos toda vez que no incluyan como elemento típico un resultado separable espacial y temporalmente de la acción <sup>84</sup>.

Lo cierto es que, partiendo de esta premisa, la significación del objeto material en los delitos de mera actividad y en los delitos de resultado es una cuestión que ha suscitado problemas y, en consecuencia, cabe señalar dos posiciones doctrinales distintas.

Por una parte, hay un sector doctrinal que, al definir positivamente el delito de mera actividad, afirma que carece de objeto material, por considerar que, el resultado es el producto de la acción sobre dicho objeto. Los defensores de esta posición doctrinal sostienen que el delito de mera actividad carece de efectos en el mundo exterior, de resultado, por lo que, no cabe sostener que tenga objeto material y, finalmente, tampoco bien jurídico protegido<sup>85</sup>. A su vez, forman parte de este pensamiento doctrinal, autores como MODOLLEL GONZÁLEZ que, cuando define el tipo objetivo de los delitos de mera actividad, afirma que, para la exigencia de responsabilidad penal, no es suficiente la realización material de la conducta, debido a que la misma debe valorarse desde una perspectiva *ex ante*, criterio valorativo semejante al utilizado en los delitos de resultado<sup>86</sup>.

En cambio, otro sector doctrinal considera que el objeto material se centra más en la acción que en el resultado y, además, define la conducta típica, por lo que no está

---

<sup>83</sup> ESQUINAS VALVERDE, P., “Clasificación de los delitos. La tipicidad (I)”, cit., p. 90.

<sup>84</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., “La definición de los delitos de mera actividad a partir del resultado o de los resultados penalmente relevantes”, en Romeo Casabona (Dir.) *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 92-98.

<sup>85</sup> ACALE SÁNCHEZ, M. “La definición de los delitos de mera actividad a partir del resultado o de los resultados penalmente relevantes”, cit., pp. 108-127.

<sup>86</sup> Declara el autor Respecto de los delitos de mera actividad: “desde un punto de vista *ex ante* debe determinarse si la conducta es capaz de afectar valorativamente, no materialmente, el objeto del bien jurídico protegido” declara MODOLELL, J.L., “El tipo objetivo en los delitos de mera actividad”, en *Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, nº22, 2016, pp. 368- 390. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6066548> [fecha última consulta: 12/05/2022].

supeditada la existencia de un delito de mera actividad al objeto material <sup>87</sup>. En este sentido siguiendo la posición de MIR PUIG respecto de los delitos de mera actividad, la actuación prevaricadora no es necesario que cause un menoscabo o lesión efectiva en el objeto material de la conducta para que sea subsumible en el tipo<sup>88</sup>.

### 3.3. El objeto material en la prevaricación judicial

El objeto material en el delito de prevaricación judicial dolosa regulado en el artículo 446 CP está formado por las resoluciones o sentencias <sup>89</sup>.

#### 3.3.1 *El significado de resolución o sentencia. Planteamiento del problema en relación con su naturaleza jurisdiccional o gubernativa*

Los términos típicos *resolución o sentencia* constituyen elementos normativos del tipo<sup>90</sup>, razón por la que es necesario acudir al capítulo IV de La Ley Orgánica del

---

<sup>87</sup> Según ACALE SÁNCHEZ, M., “Los delitos de mera actividad”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º Época, nº10(2002), p. 17. Disponible en <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2002-10-5010/Documento.pdf> [fecha de última consulta: 28/04/2022].

<sup>88</sup> Véase MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 200. También puede verse ESQUINAS VALVERDE, P., “Clasificación de los delitos. La tipicidad (I)”, cit., p. 90.

<sup>89</sup> Entre otros puede verse GÜIDI CLAS, E. M., *La Prevaricación Judicial en España y en el Derecho Comparado*, cit., p.342; CARBALLO CUERVO, M. A., “Delitos contra la Administración de Justicia”, cit., p. 2165; ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p. 79.

<sup>90</sup> Puede verse los siguientes autores DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo*, Ed., La Ley, Madrid, 2008, pp. 44-45, “Elementos normativos serán aquellos cuya interpretación no pueda realizarse acudiendo a su significado natural (no jurídico, propio del lenguaje ordinario) bien porque sea un término estrictamente jurídico, bien porque el sentido natural no es utilizable por demasiado vago o porque remite a un referente o significado absolutamente diverso o alejado al que se requiere por el tipo, o bien porque no tiene significado natural”; DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art.319 CP”, cit., p. 23. “Son elementos normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social” según MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 211. En la actualidad, es mas correcto referirse a los elementos normativos como “aquellos elementos que requieren una valoración judicial”; DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Tipicidad e imputación objetiva*, cit., p. 69. “los elementos normativos entrañan una valoración por parte del juez”; RODRÍGUEZ MOURULLO. G., *Delito, pena y constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, p. 315. Disponible [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3058/14273\\_8RJ310.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3058/14273_8RJ310.pdf?sequence=1) [fecha última consulta: 13/05/2022]; “Los llamados elementos normativos se corresponden con los términos de la redacción legal cuya extensión remite a una norma, regla o estándar comúnmente aceptado en un determinado ámbito, que, por su parte, también tiene intensidad y extensión. Para conocer el significado de los elementos normativos se ha de conocer esa norma jurídica, o regla social o teórica a la que remiten, pues el significado global de los elementos normativos es la intensidad y extensión, resultante en la doble remisión” SUAY HERNANDEZ.C., “Los elementos normativos y el error” en *Anuario de Derecho Penal y*

Poder Judicial que regula lo que ha de entenderse por resoluciones judiciales. De la observancia de esta Ley se desprende que aquellas resoluciones que tienen una naturaleza gubernativa o disciplinaria están reguladas en el artículo 244 LOPJ, mientras que aquellas resoluciones que tienen una naturaleza jurisdiccional están reguladas en el artículo 245 LOPJ.

En la prevaricación judicial uno de los problemas que se plantean en relación con las resoluciones o sentencias es determinar si aquellas que tienen naturaleza gubernativa o disciplinaria pueden constituir el objeto material del delito, habida cuenta que el artículo 446.3 CP, al hacer referencia a *cualquier otra sentencia o resolución injusta*, no concreta cuál es la naturaleza que debe tener la resolución o sentencia para constituir el objeto material del delito de prevaricación judicial. La ambigüedad que se desprende de la expresión “cualquier otra” conduce a un concepto amplio de resolución y, por consiguiente, parece que es posible integrar en su ámbito de aplicación las resoluciones gubernativas, disciplinarias y jurisdiccionales. Sin embargo, la Doctrina dominante considera que el ámbito de aplicación del delito de prevaricación judicial está limitado solo a las resoluciones que tengan un carácter jurisdiccional<sup>91</sup>.

#### a) Las resoluciones de carácter jurisdiccional

En el ámbito del delito de prevaricación judicial, es obligado abordar el criterio formal y el criterio material de las resoluciones de naturaleza jurisdiccional <sup>92</sup>. Por un lado, el requisito formal nos traslada al artículo 245.1 LOPJ que determina cuáles son las formas que pueden adoptar las resoluciones de los Jueces y Magistrados de carácter jurisdiccional: providencias, autos o sentencias<sup>93</sup>. Y, por otro lado, el requisito material

---

*Ciencias Penales*, 1991, pp. 97- 141. Disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-P-1991-10009700142](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1991-10009700142) [fecha de última consulta: 13/05/2022].

<sup>91</sup> Los jueces tienen atribuidas funciones jurisdiccionales, precisamente el ejercicio de esa función es un criterio imprescindible para determinar qué resoluciones están afectada por el tipo de la prevaricación. En los distintos apartados del artículo 446 CP, el apartado 1 se refiere expresamente a las resoluciones de carácter jurisdiccionales, sin embargo, la literalidad del apartado 3 plantea dudas sobre la introducción de resoluciones de naturaleza jurisdiccional, administrativa, gubernativa o disciplinaria, por esta razón “hay que acudir a una interpretación teleológica del mismo para limitar su ámbito de aplicación sólo a las resoluciones del primer tipo y excluir todas las demás” según RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 216- 220, HAVA GARCÍA, E., “La prevaricación judicial”, cit., p. 830.

<sup>92</sup> Véase FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, cit.

<sup>93</sup> Véase artículo 245.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial: *Las resoluciones de los jueces y tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán: a) providencias, cuando tengan por objeto la ordenación material del proceso. B) autos, cuando decidan recursos contra providencias,*

no exige solo que el Juez o Magistrado utilice providencias, autos o sentencias, sino que, a través de ellas, ejerza una efectiva potestad jurisdiccional<sup>94</sup>.

La concurrencia de ambos requisitos es importante, pero principalmente el requisito formal, en tanto en cuanto, sólo aquellas resoluciones de naturaleza jurisdiccional dictadas por Jueces o Magistrados que adopten alguna de las formas previstas en el artículo 245.1. LOPJ podrán ser calificadas posteriormente como injustas y, siempre que concurren el resto de los elementos del tipo, dar lugar a un delito de prevaricación judicial. En este sentido, podemos diferenciar tres tipos de resoluciones de *carácter jurisdiccional* en el artículo 245.1 LOPJ:

- Las providencias: tienen por finalidad *la ordenación material del proceso*.
  
- Los autos: utilizados *cuando decidan recursos contra providencias cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma*.
  
- Las sentencias: empleadas cuando *decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revestir esta forma*.

---

*cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma. C) sentencias, cuando decidan definitivamente el pleito o causa en cualquier instancia o recurso, o cuando, según las leyes procesales, deban revestir esta forma.*

<sup>94</sup> El criterio material exige concretar que funciones están incluidas dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional y han sido asignadas de forma exclusiva a los jueces y magistrados. “Las funciones que la constitución atribuye al ejercicio de la potestad jurisdiccional (Art.117.3) y que atribuye en exclusiva a los Jueces y Magistrados”, se traduce “en resolver litigios o conflictos de intereses a través del mecanismo dialéctico del proceso, declarando de manera vinculante cual es el Derecho en el caso concreto” según RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 216-217. Tomando como punto de partida el artículo 117.3CE el contenido de el ejercicio de la potestad jurisdiccional coincide con “la función de juzgar”. Ahora bien, cabe diferenciar una serie de facultades “a) la potestad ordenatoria b) la potestad de instrumentación y ordenación c) la potestad decisoria, y d) la potestad de ejecución”. Todas estas potestades están dentro del ejercicio de la potestad jurisdiccional y en el ámbito penal “se confirma en la afectación al bien jurídico en la prevaricación judicial, mediante resoluciones, autos y sentencias” véase GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., pp. 69-70.

Finalmente, añade GÜIDI CLAS, que las resoluciones de naturaleza jurisdiccional mencionadas y recogidas en el artículo 245.1 LOPJ deben tener una “mera apariencia de legalidad”<sup>95</sup>.

b) Las resoluciones de carácter gubernativo, disciplinario o administrativo

Como ya dijimos, el hecho de que el artículo 446.3 CP se refiera a *cualquier otra resolución o sentencia injusta*, plantea la duda en relación con la posibilidad de prevaricar a través de resoluciones de carácter gubernativo, disciplinario o administrativo. Sin embargo, hay dos argumentos que nos permiten negar tal posibilidad:

En primer lugar, hemos señalado que la Doctrina mayoritaria limita el ámbito de aplicación de este tipo penal a las resoluciones de naturaleza jurisdiccional, de modo que cuando un Juez o Magistrado en el seno de un órgano administrativo dicta una resolución, esta resolución tiene una naturaleza administrativa, pero no una naturaleza jurisdiccional. Debido a que una resolución de naturaleza administrativa no se convierte en una resolución de naturaleza jurisdiccional por el hecho de que haya sido un Juez o Magistrado el que la haya dictado<sup>96</sup>. Por lo que, si un Juez o Magistrado dicta una resolución *injusta*, pero tiene una naturaleza gubernativa, disciplinaria o administrativa será responsable por un delito de prevaricación administrativa regulado en el artículo 404 CP, en ningún caso, por un delito de prevaricación judicial regulado en el artículo 446 CP ya que la resolución carece de naturaleza jurisdiccional<sup>97</sup>.

En segundo lugar, el principio de taxatividad penal nos permite excluir del ámbito de aplicación de la prevaricación judicial las resoluciones de naturaleza gubernativa, disciplinaria o administrativa, ya que el artículo 244 LOPJ dispone que las

---

<sup>95</sup> Las providencias, autos y sentencias deben tener “una mera apariencia de legalidad”, esto significa, “capacidad para generar efectos jurídicos y lesionar el bien jurídico protegido”, porque una sentencia o resolución “totalmente burda incapaz de entrar en la esfera jurídica de los particulares, a lo sumo sólo podría constituir un delito imposible” según GÜIDI CLAS, E.M., *La Prevaricación Judicial en España y en el Derecho Comparado*, cit., p. 343.

<sup>96</sup> Pueden verse RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 219-220; PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 96 – 97.

<sup>97</sup> Pueden verse RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 219-221, PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 96 – 97.

resoluciones de carácter gubernativo se llamarán *acuerdos* y el artículo 446 CP expresamente habla de *resoluciones o sentencias*<sup>98</sup>.

En conclusión, lo esencial no es ostentar la categoría de Juez o Magistrado, sino la naturaleza jurisdiccional de las resoluciones<sup>99</sup>.

### 3.3.2 Breve referencia al problema de las providencias

En la actualidad, la resolución que adopta la forma de providencia regulada en el artículo 245.1 LOPJ no plantea grandes problemas, en cambio, en el pasado si los ocasionaba. En el Código Penal del año 1973 (en adelante, ACP) solamente estaban dentro del ámbito de aplicación del tipo *las sentencias injustas contra reo en causa criminal* por delito artículo 351 ACP, *sentencia injusta contra reo en juicio sobre faltas* artículo 352 ACP, *sentencia injusta en causa criminal en favor de reo* artículo 352 ACP, *la sentencia o resolución definitiva injusta en asunto no criminal* artículo 354 ACP y *el auto injusto* artículo 355 ACP.

Por lo que, durante la vigencia de aquella norma, la pregunta era la siguiente: ¿el Juez que dictara una resolución injusta, en forma providencia, era sujeto activo del delito de prevaricación judicial dolosa? En aquellas condiciones, solo cuando podía acreditarse que el juez había dictado una resolución adoptando indebidamente la forma de providencia, debiendo haber dictado una resolución en forma de auto, por tratarse de una decisión para el caso concreto, podríamos entender que la respuesta era afirmativa<sup>100</sup>. Fue la incorporación expresa en el artículo 446 CP del término *resolución* junto al término de *sentencia injusta* por el Código Penal de 1995, actualmente vigente, lo que puso término a los debates doctrinales en relación con la posibilidad de cometer el delito a través de providencias<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> CARBALLO CUERVO, M.A., “Delitos contra la Administración de Justicia”, cit., p. 2166.

<sup>99</sup> HAVA GARCÍA, E., “La prevaricación judicial”, cit., p. 831.

<sup>100</sup> “Algunas opiniones doctrinales se han decantado por aceptar el delito de prevaricación en resoluciones que indebidamente hayan adoptado la forma de providencia cuando deberían haber revestido la de auto, siempre, naturalmente, que se cumplan los demás requisitos típicos” según GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., pp. 103- 105, HAVA GARCÍA, E., “La prevaricación judicial”, cit., p. 830,

<sup>101</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 94 – 96.

#### 4. EL CARÁCTER INJUSTO EN EL TIPO DOLOSO

El artículo 446 CP castiga al Juez o Magistrado que dicta *una resolución o sentencia* siempre pueda ser calificada como *injusta*. El concepto *injusticia de la resolución* es un elemento normativo del tipo<sup>102</sup>, cuyo significado precisa de una “valoración jurídico – social”<sup>103</sup>.

Acreditar que la conducta del Juez o Magistrado es *injusta* y, por consiguiente, subsumible en el tipo objetivo del artículo 446 CP, es una de las cuestiones que mayores problemas plantea<sup>104</sup>. Por eso, en base a distintos criterios sobre cuales son las notas características de la conducta prevaricadora han sido elaboradas las siguientes posiciones doctrinales: la teoría subjetiva, la teoría objetiva, y la teoría intermedia o de infracción de deberes<sup>105</sup>.

---

<sup>102</sup> Entre otros autores puede verse DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo*, Ed., La Ley, Madrid, 2008, pp. 44-45. Son elementos normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social” según MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 211, véase DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art.319CP”, cit., p. 23.

<sup>103</sup> Véase GÜIDI CLAS, E.M., *La Prevaricación Judicial en España y en el Derecho Comparado*, cit., p. 79.

<sup>104</sup> Véase FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, cit. También pueden verse otros autores que se pronuncian respecto del concepto de justicia diciendo que: “carece de viabilidad la pretensión de suponer que los jueces están facultados y obligados a buscar el ideal de Justicia más allá de las propias leyes (...) “el principio de legalidad es una manifestación ideológica de un determinado ideal de justicia” segúnQUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España*, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, 1998, pp. 73- 74. “Desde la perspectiva de la igualdad material la justicia puede ser entendida como un mecanismo equiparador de derechos utilizado por individuos para reclamar las garantías de los mismos, esto es, hacerlos justiciables. La justicia, por tanto, se convierte en un mecanismo público de solución de conflictos, asignación de recursos y beneficios sociales, mediante la interpretación razonada y razonable de la ley por los jueces, los ciudadanos y el estado en general. Según una larga tradición filosófica, jurídica y política, la justicia delimita y armoniza aquellas pretensiones e intereses en conflicto propios de la vida social, buscando una distribución igualitaria de las cargas y beneficios, entrando en oposición con cualquier toma arbitraria de decisiones” según DURANGO ALVAREZ, G.A., “justicia, derecho e igualdad” *en Revista Forum*, Vol 1, nº1, Disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3989244> [última consulta: 14/05/2022]. p. 42.

<sup>105</sup> RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 275.

#### 4.1. La teoría subjetiva

La teoría subjetiva defiende que la resolución o sentencia es injusta únicamente cuando la decisión adoptada por el juez es contraria a sus verdaderas convicciones, aunque no sea contraria a la Ley y al Derecho<sup>106</sup>. La legalidad o ilegalidad de la resolución o sentencia es irrelevante porque solamente tienen trascendencia los pensamientos del juez<sup>107</sup>. Para la consumación del delito es suficiente con que el juez o magistrado considere que no está dictando la resolución más adecuada para el caso en concreto<sup>108</sup>. En otras palabras, el juez que dicte una resolución o sentencia no acorde a la Ley y al Derecho, pero si acorde a sus ideas, no está cometiendo ningún delito<sup>109</sup>.

En la Alemania nazi, la teoría subjetiva permitía condenar a los Jueces que dictaban resoluciones formalmente legales, pero contrarias a sus propias convicciones por no seguir la ideología del régimen<sup>110</sup>. Sin embargo, los jueces que dictaban condenas a muerte a pesar de ser ilegales quedaban impunes, en tanto en cuanto, lo hacían siguiendo sus propios ideales del nazismo<sup>111</sup>.

Hay una serie de argumentos que permiten rechazar la teoría subjetiva. En primer lugar, ¿cómo sabemos si un Juez piensa realmente que la sentencia o resolución dictada es la más justa para el caso concreto? Interpretar que la voluntad del Juez no es la constada en la resolución o sentencia es una tarea difícil<sup>112</sup>. Lo era incluso en el marco de

---

<sup>106</sup> Véase entre otros RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp.276-278; ABELLANET GUILLOT F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.81; HAVA GARCÍA, E., “La prevaricación judicial”, cit., p. 831.

<sup>107</sup> Según GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p.106; FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, cit.

<sup>108</sup> Si el delito de prevaricación judicial es un delito de resultado, para los subjetivistas, “cuando el juez tome una decisión objetivamente acorde con el Derecho pero contraria a su convicción jurídica, cometerá no una tentativa de prevaricación, sino una prevaricación consumada” véase RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 277.

<sup>109</sup> GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p.107, PEDREIRA GONZÁLEZ. F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., p. 103.

<sup>110</sup> FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, cit.

<sup>111</sup> RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 285.

<sup>112</sup> La teoría subjetiva tiene una serie de inconvenientes por los que debe ser descartada: “es discutible la corrección de una decisión y difícil probar su incorrección, los problemas para establecer la contradicción

la denominada jurisdicción de guerra del franquismo, bajo la vigencia del denominado derecho penal del autor<sup>113</sup>, porque el juez que tuviera una ideología contraria a lo previsto en las leyes estaría cometiendo un delito de prevaricación siempre que las aplicara<sup>114</sup>.

En segundo lugar, en palabras de PEDREIRA GONZÁLEZ, la teoría subjetiva no puede tener cabida en nuestro ordenamiento jurídico porque, cuando un juez abandona el derecho positivo para solucionar un conflicto, también es perjudicial por los efectos que genera: “a) Quiebra de la seguridad jurídica; b) Ruptura del principio de igualdad; c) Abandono del principio de legalidad; d) Sustitución del criterio legislativo por una ignota concepción de la justicia propia de cada órgano decisor”<sup>115</sup>.

Y, en tercer lugar, porque la aplicación de esta teoría vulnera el mandato constitucional dirigido a los Jueces y Magistrados previsto en el artículo 117.1 CE<sup>116</sup> que

---

entre una decisión judicial y la convicción del que la toma son inconmensurablemente mayores” véase GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p. 107.

<sup>113</sup> El concepto “jurisdicción de guerra” es el que mejor refleja las represiones bajo la vigencia de la dictadura franquista. Durante este periodo se crearon “Las Comisiones Provinciales y Central de Examen de Penas” con el fin de proceder al indulto de todas aquellas personas que habían sido enviadas a prisión tras el dictado de sentencias injustas y arbitrarias “en los consejos de guerra celebrados en las diferentes ciudades del territorio nacional donde se habían establecido” véase DEL ÁGUILA TORRES, J.J., “La represión política a través de la jurisdicción de guerra y sucesivas jurisdicciones especiales del franquismo” en *Hispania Nova: Revista de Historia Contemporánea*, nº1, 2015, pp., 213- 221. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5263341> [fecha última consulta: 17/05/2022], La exigencia de responsabilidad penal durante el franquismo es propia de un “derecho penal del enemigo, derecho penal de autor”, no por el hecho cometido, MADRID CRUZ, M.D., “Identidades, política y resistencia en prisión”, en Oliver Olmo y Cubero Izquierdo (Coord.), *De los controles disciplinarios a los controles securitarios*, Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, p. 606. Solamente puede ser considerado autor de un delito quien domina finalmente la realización del delito en virtud de “un criterio objetivo-material puede ser el del dominio final del acto, desarrollado a partir de la teoría final de la acción” según MUÑOZ CONDE F., *Derecho Penal. Parte general*, cit., pp. 450- 451.

<sup>114</sup> GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p.107.

<sup>115</sup> Los efectos perjudiciales derivados de la teoría subjetiva: “a) Quiebra de seguridad jurídica” significa que cuando el juez se aparta del derecho positivo para decidir en el caso concreto, por atender a sus propias convicciones, cualquier solución es posible porque entra en juego el azar. En consecuencia, son nulas las probabilidades de predecir el fallo. “b) Ruptura del principio de igualdad” quiere decir que situaciones iguales serán desiguales si son distintos los jueces que resuelven los casos. Es obvio que no todos tienen las mismas convicciones, “c) Abandono del principio de legalidad” por no dar prevalencia a la ley, “d) Sustitución del criterio legislativo por una ignota concepción de la justicia propia de cada órgano decisor”, debido a la imposición de lo justo según PEDREIRA GONZÁLEZ. F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., p. 105

<sup>116</sup> Véase artículo 117.1. de la Constitución Española: *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.*

deben observar en el ejercicio de su potestad jurisdiccional. Este mandato exige a los Jueces estar vinculados *únicamente al imperio de la ley*, pero no a sus propias convicciones<sup>117</sup>.

#### 4.2. La teoría objetiva

La teoría objetiva, defendida por la Doctrina predominante, mantiene que son *resoluciones o sentencias injustas* las que infringen y contradicen objetivamente la normativa vigente en un momento determinado y concreto<sup>118</sup>. A diferencia de lo defendido por la teoría subjetiva, cuando un Juez dicte una resolución o sentencia contraria a sus pensamientos, pero objetivamente conforme al ordenamiento jurídico, no estará prevaricando<sup>119</sup>. Por lo que, el criterio utilizado para determinar si la resolución es injusta, no es la convicción del juez, sino su “contradicción objetiva con el ordenamiento”<sup>120</sup>.

Antes de desarrollar esta teoría, es importante tener presente que la convicción del Juez o Magistrado respecto de la injusticia de la resolución o sentencia, a diferencia de la teoría subjetiva, es importante sólo a los efectos de dolo, ya que constituye un elemento del tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial, por ser subsumible en la expresión a *sabiendas* del artículo 446 CP<sup>121</sup>, expresión sobre la que tendremos oportunidad de pronunciarnos mas adelante cuando analicemos el tipo subjetivo de este delito.

Por su parte, la jurisprudencia acoge la teoría objetiva para determinar la injusticia de una resolución o sentencia, ya que *ha excluido interpretaciones basadas en la llamada teoría subjetiva de este delito, que caracteriza la injusticia solo como una*

---

<sup>117</sup> FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, cit.

<sup>118</sup> ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.81.

<sup>119</sup> Esta conducta es impune, es el denominado supuesto de “error al revés” véase FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, cit.; PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 108-109; RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp.286- 287.

<sup>120</sup> FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, cit.

<sup>121</sup> HAVA GARCÍA, E., “La prevaricación judicial”, cit., p. 831.

*actitud subjetiva del juez al aplicar el derecho*, porque considera que la calificación de una resolución como injusta *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 2/1999 de 15 de octubre) <sup>122</sup>.

Como ya hemos dejado consignado, los defensores de la teoría objetiva utilizan como criterio genérico para afirmar la *injusticia* de una resolución o sentencia su contrariedad con el ordenamiento jurídico, pero ¿cuándo el Juez que se aparta del ordenamiento jurídico para dictar una resolución o sentencia está cometiendo un delito de prevaricación? El Tribunal Supremo parte de la premisa de que no todo *apartamiento del ordenamiento jurídico* es constitutivo de un delito de prevaricación judicial, debido a que tiene que ser un *grave apartamiento del derecho* (STS 14 de mayo 2002) o *apartamiento palmario y grosero de la función judicial propia del estado Derecho* (Auto de TSJ de Cataluña, sección 1ª, de 16 de septiembre de 2007) <sup>123</sup>. Además, el Tribunal Supremo entiende que un Juez o Magistrado se ha apartado del ordenamiento jurídico en los términos señalados cuando se constate, por un lado, *una indudable infracción del derecho*, y, además por otro lado, *una arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción* (STS 228/2015, de 21 de abril) <sup>124</sup>.

Actualmente, la Doctrina dominante utiliza como criterio para medir la injusticia de una resolución su contrariedad con el ordenamiento. Sin embargo, en la Doctrina no está claro cual es el criterio de referencia para que dicha resolución sea “objetivamente” injusta. Por lo que, conviene hablar de la relación entre el concepto de legalidad y el concepto de injusticia y, concretamente, si son o no equiparables<sup>125</sup>. Asimismo, el Tribunal Supremo ha subrayado la importancia del principio de legalidad, en tanto en cuanto, solamente es posible empezar a valorar la existencia de un delito de prevaricación judicial cuando se abandone el principio mencionado<sup>126</sup>.

---

<sup>122</sup> Véase STS 2/1999, de 15 de octubre (ponente: Sr. García Ancos).

<sup>123</sup> Véase, Auto TS 14 de mayo 2002 (ponente: Sr. Sánchez Melgar), Auto TSJ de Cataluña, sección 1ª, de 16 de septiembre de 2007 (ponente: Sr. Ramos Rubio).

<sup>124</sup> Véase STS 228/2015, de 21 de abril (ponente: Sr. Martínez Arrieta).

<sup>125</sup> GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p. 111.

<sup>126</sup> Véase STS 2338/2001, de 11 de diciembre (ponente: Sr. Giménez García): *El elemento objetivo de la resolución injusta, solo puede ser definido de la perspectiva de la legalidad porque la prevaricación*

El principio de legalidad, a nuestros efectos, tiene dos funciones reconocidas: por un lado, el autor QUINTERO OLIVARES señala que “el principio de legalidad es una manifestación ideológica de un determinado ideal de justicia” y que “la necesidad de alcanzar la justicia material es un mandato dirigido a los jueces”<sup>127</sup>. Esto conlleva que el principio de legalidad funcione como un límite al ejercicio de la potestad jurisdiccional. Si trasladamos esta función al ámbito de la prevaricación judicial, supone que el juez que erige la decisión de un proceso, con amparo primariamente en criterios sustanciales de justicia material fruto de sus propias convicciones, sin tener en cuenta la ley y las posibles interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales, está actuando de forma prevaricadora, por no haber recurrido al principio de legalidad como primer criterio valorativo<sup>128</sup>. Y, por otro lado, el principio de legalidad desempeña una función de garantía de los ciudadanos constitucionalmente reconocida<sup>129</sup>.

En consecuencia, en base al principio de legalidad podemos decir que la escala de medición de la injusticia objetiva de una resolución o sentencia es la Ley<sup>130</sup>.

Si una resolución es injusta cuando es contraria a la ley, se plantea el problema de identificar objetivamente su injusticia cuando el juez haya utilizado una norma que fuera susceptible de varias interpretaciones y, por tanto, prevea posibles soluciones justas.

---

*comienza con el abandono de dicho principio, y no desde las propias convicciones del Juez, porque en tal caso la subjetivización del delito de prevaricación conduce a la justificación de cualquier decisión judicial véase STS 155/1997, de 7 de febrero (ponente: Sr. de Vega Ruiz).*

<sup>127</sup> “La única búsqueda de la Justicia material que puede consentir la Constitución será aquella que vaya en bien de la verdad y de la realización del derecho promulgado por el Estado, más nunca admitirá la indagación de la Justicia absoluta” según QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España*, cit., p. 74.

<sup>128</sup> ÁLVAREZ GARCÍA, J., *Sobre el principio de legalidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 299-303.

<sup>129</sup> “La constitución no deja duda en orden a que la fuente máxima de seguridad es la Ley escrita, encabezada por la propia Constitución” según QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España*, cit., pp. 61- 62.

<sup>130</sup> “El baremo de medición de la injusticia es, por tanto, la ley, pero no entendida de un modo formalista y abstracto, sino integrada en el sistema de fuentes y dotada de contenido material mediante el proceso de interpretación” véase GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., pp. 115- 117. Para concretar la injusticia de una resolución hay que partir de su ilegalidad según MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, cit., p. 798.

Para resolver esta cuestión se han utilizado distintos criterios: por un lado, el criterio de una interpretación defendible y, por otro lado, el criterio de los recursos<sup>131</sup>:

#### 4.2.1 Criterio de una interpretación defendible

Cuando la norma aplicada por el Juez o Magistrado para el caso concreto fuera susceptible de varias interpretaciones, el Tribunal Supremo considera acreditada la injusticia de la decisión cuando *se aparta de todas las opiniones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad* (STS 2338/2001 de 11 de diciembre)<sup>132</sup>. Esto quiere decir que, el Juez o Magistrado habrá dictado una resolución *justa* cuando se haya basado en *fuentes de interpretación válidas y admisibles* (STS 228/2015, de 21 de abril)<sup>133</sup>.

Esto explica que el Tribunal Supremo diga que el delito de prevaricación judicial es un *delito de técnicos en Derecho*, en tanto en cuanto, el tipo penal no requiere que un ciudadano medio aprecie el abandono de la ley por parte del juzgador, como sucede en los delitos de prevaricación administrativa<sup>134</sup>. Y que los Jueces y Magistrados, precisamente por la cualificación jurídica que ostentan, no pueden alegar en su defensa únicamente la dificultad que lleva aparejada la interpretación de las normas, porque toda vez que aun siendo compleja la selección, hermenéutica y aplicación de una norma jurídica concreta o de la ley en su conjunto sea “jurídicamente defendible” no será vulneradora de la tutela judicial efectiva u otros derechos fundamentales<sup>135</sup>.

En suma, para el Tribunal Supremo para que una resolución o sentencia pueda ser calificada como injusta es necesario que *carezca de toda posible explicación razonable*, es decir, que sea a *todas luces contraria a Derecho*<sup>136</sup>.

---

<sup>131</sup> RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 290- 302.

<sup>132</sup> Véase STS 2338/2001, de 11 de diciembre (ponente: Sr. Giménez García).

<sup>133</sup> Véase STS 228/2015, de 21 de abril (ponente: Sr. Martínez Arrieta).

<sup>134</sup> Véase STS 101/2012, de 27 de febrero (ponente: Sr. Martínez Arrieta).

<sup>135</sup> Véase STC 105/2009, de 4 de mayo (ponente: Sr. Rodríguez- Zapata Pérez).

<sup>136</sup> Véase STS 4 de mayo 1996 (ponente: Sr. Delgado García).

En este sentido, GARCÍA ARÁN que cuando la decisión tomada por el juez sea fruto de una “interpretación justificable teóricamente” del sentido de la ley aquella no será injusta<sup>137</sup>.

En contra, RAMOS TAPIA ha señalado que el criterio de la interpretación jurídica defendible tiene principalmente los siguientes inconvenientes: en primer lugar, es un criterio vago, en tanto en cuanto, el Juez es el único encargado de determinar cuando su decisión está dentro de las posibles soluciones justas, debido a la ausencia de reglas o normas que señalen que soluciones son mas justas que otras. En segundo lugar, el transcurso del tiempo es otro inconveniente que debe tenerse en cuenta, ya que es posible que la decisión que era jurídicamente defendible en el pasado y, por tanto, justa, también lo sea en el futuro <sup>138</sup>.

La denominada discrecionalidad judicial es otro argumento en contra del criterio de la resolución jurídicamente defendible. A este respecto, RAMOS TAPIA, defiende que no es suficiente con que el Juez o Magistrado dicte una decisión contraria al ordenamiento jurídico, porque antes de dictar una resolución o sentencia, se encuentra un proceso de formación de voluntad que integra varias obligaciones para el Juez o Magistrado, respecto de las cuales ostentan potestades discrecionales: determinación de los hechos, elección e interpretación de la norma susceptible de aplicación al caso y observancia de las consecuencias jurídicas de tal decisión.

Según RAMOS TAPIA el Juez podría haber infringido esas obligaciones de forma dolosa o imprudente y, en consecuencia, “la resolución no estar fundada en Derecho”, aunque la resolución objetivamente no sea contraria al ordenamiento jurídico<sup>139</sup>. Por lo que, el problema que plantea el criterio de la interpretación jurídica

---

<sup>137</sup> “La búsqueda de la justicia material dentro de los límites de la legalidad permite asumir que no puede hablarse de una decisión prevaricadora allí donde se haya adoptado una interpretación justificable teóricamente, lo cual evita que pueda tacharse a esta posición de excesivamente formalista por su equiparación entre ilegalidad e injusticia” véase GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p. 117.

<sup>138</sup> RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp.300-301.

<sup>139</sup> RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 290- 302.

defendible es que no sería responsable por un delito de prevaricación judicial el Juez que, para fundar su decisión, no ha tenido en cuenta la Ley y el Derecho, aunque finalmente no fuera contraria al ordenamiento jurídico<sup>140</sup>.

Al respecto, PEDREIRA GONZALEZ, considera que una resolución deber ser injusta siempre que, o bien el Juez o Magistrado haya prescindido de “las exigencias legales previstas para su adopción”, o bien la decisión sea “objetivamente contraria a la finalidad de la institución”, sin perjuicio de la convicción del juez<sup>141</sup>.

Finalmente, ABELLANET GUILLOT señala que la resolución discrecional se transforma en una resolución arbitraria, toda vez que el juez o magistrado no elija ninguna de las soluciones previstas en la ley para la adopción de su decisión<sup>142</sup>.

#### 4.2.2 Criterio de los recursos

Con carácter general, los defensores de este criterio consideran que una resolución es injusta cuando sea ilegal y pueda acreditarse su ilegalidad por la vía de los recursos <sup>143</sup>.

A este respecto, el Tribunal Supremo desde sus sentencias mas antiguas hasta sus sentencias mas recientes, mantiene que una resolución *injusta* no equivale siempre a una resolución *ilegal*, porque a efectos del delito de prevaricación judicial, no es suficiente *la mera ilegalidad, que pueda ser producto de una interpretación errónea, o equivocada o discutible como tantas veces ocurre en derecho* (STS 539/1997, de 23 de abril). Debido a que, para el Tribunal Supremo la injusticia de una resolución o sentencia

---

<sup>140</sup> RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 290- 302.

<sup>141</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ. F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 121-123.

<sup>142</sup> La diferencia entre las resoluciones judiciales arbitrarias y las resoluciones discrecionales, véase ABELLANET GUILLOT F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.83

<sup>143</sup> RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 292.

tiene que suponer *un plus respecto de la mera ilegalidad* (STS 2338/2001, de 11 de diciembre)<sup>144</sup>.

Según GARCIA ARÁN, para entender las afirmaciones efectuadas por el Tribunal Supremo, es necesario partir de que el concepto injusticia de la resolución es un elemento normativo del tipo objetivo y que la consumación del delito exige, además de la concurrencia de los elementos del tipo objetivo, estar acompañado de la constatación de los elementos tipo subjetivo. Por lo que, cuando el Tribunal Supremo dice que la injusticia debe suponer *un plus respecto de la mera ilegalidad*, ese *plus* no se refiere al concepto de injusticia del tipo objetivo, sino a los elementos a *sabiendas* del tipo subjetivo doloso, porque cuando una resolución solo es injusta en el sentido de que infringe la ley, “tiene respuestas específicas en el ordenamiento, fuera del ámbito penal”, pero cuando no solo es injusta, sino que el juez es consciente de tal injusticia acudiremos al delito de prevaricación<sup>145</sup>.

Por lo que, GARCÍA ARÁN sobre la base de que “en todos los tipos de prevaricación se da una infracción de ley, pero no en toda infracción de ley o, si se quiere, en toda decisión injusta, hay un delito de prevaricación”, ha defendido el criterio de los recursos, pero introduciendo algunos matices<sup>146</sup>.

Según esta autora, para que una resolución sea injusta no es necesario agotar todas las vías de recurso, ya que el hecho de que una resolución sea firme no quiere decir que ya no sea injusta. Asimismo, que el órgano inmediatamente superior confirme la resolución del órgano inmediatamente inferior no excluye la posibilidad de considerar la resolución inicial como injusta <sup>147</sup>.

---

<sup>144</sup> STS 539/1997, de 23 de abril (ponente: Sr. Conde-Pumpido Tourón), STS 172/1993, de 8 de febrero (ponente: Sr. Martínez-pereda Rodríguez), STS 2238/2001, de 11 de diciembre (ponente: Sr. Giménez García), STS 101/2012, de 27 de febrero (ponente: Sr. Martínez Arrieta)

<sup>145</sup> GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p. 121.

<sup>146</sup> GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., pp. 121-122.

<sup>147</sup> GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., pp. 121-122.

### 4.3. Teoría intermedia o de la infracción de deberes

La teoría intermedia o de la infracción de deberes considera que una resolución o sentencia es injusta cuando el Juez o Magistrado no haya observado para adoptar su decisión los modelos de interpretación jurídica y normas procesales previstas en la ley para la aplicación del Derecho. A diferencia de la teoría subjetiva y objetiva donde la injusticia de la resolución depende, en el primer caso, de la conciencia del juez o magistrado que dicte la sentencia y, en el segundo caso, de su contradicción objetiva con el ordenamiento jurídico<sup>148</sup>.

Aunque la Doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo son defensores de la teoría objetiva y siguen como criterio de referencia para la determinación de la injusticia de una resolución la imposibilidad de que jurídicamente sea defendible, autoras como RAMOS TAPIA sigue como criterio de referencia la teoría de la infracción de deberes. Para esta autora, una resolución o sentencia es injusta cuando el juez infrinja los métodos o normas previstos en la ley para aplicar el Derecho y cuando el juez durante el periodo en que formaba su voluntad consideraba como justa una de las varias soluciones contempladas en la norma, pero finalmente dicta una solución distinta a la que anteriormente consideraba justa, en este supuesto, la resolución finalmente dictada por el Juez será calificada como injusta <sup>149</sup>.

En alguna ocasión el Tribunal Supremo ha seguido la teoría intermedia o de infracción de deberes para cubrir los inconvenientes originados por la teoría objetiva, principalmente: en relación con las normas que recogen varias soluciones como justas y para fijar un límite entre las facultades discrecionales del juez y la injusticia de su resolución<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Véase RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 315-316.

<sup>149</sup> Véase RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 319.

<sup>150</sup> STS 102/2009, de 3 de febrero: *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.*

Sin perjuicio de que el Tribunal Supremo relacione la teoría de la infracción del deber con la teoría objetiva, hay otros autores, como GARCIA ARÁN que manifiesta una incuestionable relación entre teoría de la infracción de deber y la teoría subjetiva<sup>151</sup>.

## II. TIPO SUBJETIVO DE LA PREVARICACIÓN JUDICIAL DOLOSA

### 1. PLANTEAMIENTO DE LOS PROBLEMAS EN RELACIÓN CON LA EXPRESIÓN “A SABIENDAS”

El artículo 446 CP sanciona al juez que, *a sabiendas, dicta una resolución o sentencia injusta*. Este tipo penal exige la concurrencia de un tipo objetivo (*la acción de dictar una resolución o sentencia injusta*) y de un tipo subjetivo (*haber realizado la acción a sabiendas de su injusticia*)<sup>152</sup>. En este epígrafe solamente será objeto de desarrollo el tipo subjetivo de la prevaricación judicial, porque el tipo objetivo ya ha sido analizado.

La Doctrina más consolidada limita la expresión *a sabiendas* a aquellas actuaciones prevaricadoras cometidas a título de dolo directo, por lo que niega la consideración de la expresión *a sabiendas* como un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo<sup>153</sup>.

Los principales problemas aparecen en relación con aquellos supuestos en los que el Juez no tiene la certeza absoluta de que la resolución o sentencia dictada es injusta. La Doctrina mayoritaria reconduce los supuestos de ausencia de certeza absoluta al delito de prevaricación judicial imprudente regulado en el artículo 447 CP<sup>154</sup>, sin perjuicio de

---

<sup>151</sup> “me parece claro que en la teoría subjetiva subyace una concepción espiritualizada de deber del juez, desvinculada del desempeño objetivo de la función, que tiende a reducir el deber a la actuación en conciencia” véase GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p. 106

<sup>152</sup> Véase STS 2/1999, de 15 de octubre (ponente: Sr. García Arcos).

<sup>153</sup> Entre otros autores puede verse GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., pp. 123-130; HAVA GARCÍA.E. “La prevaricación judicial”, cit., p. 837-838; ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.85.

<sup>154</sup> Según GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p. 130; ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.85.

que hay autores que sostienen que en tales casos se habría cometido un delito de prevaricación judicial a título de dolo eventual<sup>155</sup>.

## 2. ANALISIS DE LA EXPRESIÓN “A SABIENDAS”

El Código Penal de 1973 sancionaba a quienes cometían imprudentemente el hecho de dos formas distintas: o bien, a través de una clausula general aplicable a todos los tipos penales, o bien regulándolo expresamente, de forma muy excepcional como era el caso de la prevaricación judicial imprudente <sup>156</sup>. Así durante la vigencia del Código Penal anterior la función de la expresión *a sabiendas*, con carácter general, era evitar la aplicación de la clausula general de imprudencia recogida en el artículo 565 ACP y así poder incluir la posibilidad de atribuir la conducta realizada a título de dolo eventual <sup>157</sup>.

Si la función desempeñada por la expresión *a sabiendas* con el Código Penal anterior era cuestionable, desde el Código Penal de 1995 y la introducción de un sistema *numerus clausus* para la imprudencia, no tiene lógica defender que la expresión *a sabiendas* tiene la función de excluir la comisión imprudente, en tanto en cuanto, siempre que no prevea expresamente un tipo penal su comisión de forma imprudente, entendemos que ya está excluida <sup>158</sup>.

En la actualidad, algunas de las diferentes interpretaciones efectuadas en torno a la expresión *a sabiendas* han sido las siguientes: 1) exigencia de dolo directo, con exclusión del dolo eventual, 2) dolo en todas sus formas, con exclusión de la imprudencia, 3) elemento subjetivo distinto del dolo, relacionado con la actitud o móviles internos del autor <sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> Véase PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., p.133.

<sup>156</sup> Véase SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código Penal Español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 165.

<sup>157</sup> Véase artículo 565 del Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre: *el que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituirá delito, será castigado con la pena de prisión menor (...)*.

<sup>158</sup> Según RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 390-391.

<sup>159</sup> Véase SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código Penal Español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 344-345.

## 2.1. Identificación con el dolo directo

El dolo directo es una clase de dolo<sup>160</sup> y tiene dos formas distintas: dolo directo de primer grado y dolo directo de segundo grado. En el dolo directo de primer grado el autor “persigue” o tiene “intención” de llevar a cabo la conducta delictiva y en el dolo directo de segundo grado el autor no persigue o tiene intención de llevar a cabo la conducta delictiva, pero tiene conocimiento y se representa como “seguro” que dicha conducta será constitutiva de delito que es una consecuencia necesaria<sup>161</sup>.

En cuanto a la identificación de la expresión *a sabiendas* con el dolo directo, el Tribunal Supremo ha señalado como requisito indispensable *la intención del Juez de faltar deliberadamente a la justicia* (STS 2/1999, de 15 de octubre)<sup>162</sup>. A la vista de esta afirmación, parece que el Tribunal Supremo equipara la expresión *a sabiendas* con la intención del sujeto (elemento volitivo del dolo), por lo que, circunscribe tal expresión dentro del ámbito del dolo directo de primer grado.

Sin embargo, una jurisprudencia constante ha identificado la expresión *a sabiendas* con el conocimiento de sujeto (elemento intelectual), lo que nos traslada a un dolo directo de segundo grado. En este sentido, cuando el Tribunal Supremo requiere que el sujeto tenga conocimiento de la injusticia de la resolución o sentencia que ha dictado, lo que está queriendo decir es que *debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias y de que todo ello no puede estar amparado en una interpretación razonable de la ley* (STS 79/2012, de 9 de febrero)<sup>163</sup>. Mas concretamente, mantiene que el juez o magistrado debe tener *la conciencia de estar dictando una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser*

---

<sup>160</sup> “El dolo está compuesto por dos elementos: a) elemento intelectual: para actuar dolosamente, el sujeto de la acción debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizaban su acción como acción típica b) elemento volitivo: para actuar dolosamente no basta el mero conocimiento de los elementos objetivos del tipo, es necesario, además, querer realizarlos”, véase MUÑOZ CONDE F., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp.283-286.

<sup>161</sup> Véase MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 244-248.

<sup>162</sup> STS 2/1999, de 5 de octubre (ponente: Sr. García Ancos),

<sup>163</sup> STS 79/2012, de 9 de febrero (ponente: Sr. Menéndez de Luarca).

*susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del juez de técnico en derecho, y por tanto conocedor del derecho y de la ciencia jurídica -iura novit curia (STS 2338/2011, de 11 de diciembre)*<sup>164</sup>.

En este sentido, autores como GARCÍA ARÁN y ABELLANET GUILLOT también equiparan la expresión *a sabiendas* al conocimiento por parte del juez o magistrado del carácter injusto de la resolución y, por consiguiente, atribuyen su comisión a título de dolo directo de segundo grado<sup>165</sup>.

Finalmente, otras veces el Tribunal Supremo identifica la expresión *a sabiendas* con un dolo directo “en sentido amplio”, es decir, tanto con el conocimiento (elemento intelectual) como con la voluntad (elemento volitivo), se observa cuando afirma que tal expresión significa *actuar con conciencia e intención deliberada de faltar a la Justicia (STS 308/2009, de 23 de marzo)*<sup>166</sup>.

Respecto a la jurisprudencia menor, los Tribunales Superiores de Justicia cuando definen el significado de la expresión *a sabiendas*, a veces se refieren *a la conciencia y voluntad del acto y con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad o concurrencia de los elementos propios del dolo*, esto quiere decir que identifican tanto un elemento intelectual como un elemento volitivo (STJS de Cataluña, Sección única, 9/2003, de 27 de marzo)<sup>167</sup>. Y en otras ocasiones se refieren a que el juez *debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de sus consecuencias sin que pueda estar amparado por una interpretación razonable (Auto de TSJ de Madrid, Sección 1ª, 40/2021, de 1 de junio)*<sup>168</sup>.

---

<sup>164</sup> STS 2338/2001, de 11 de diciembre (ponente: Sr. Giménez García).

<sup>165</sup> Puede verse entre otros GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., pp. 123-124; ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.85.

<sup>166</sup> STS 308/2009, de 23 de marzo (ponente: Sr. Delgado García).

<sup>167</sup> STSJ de Cataluña, Sección única, 9/2003, de 27 de marzo (ponente: Sr Vidal Andreu). En lo que a exigencia de dolo se refiere: *el dolo exige la concurrencia del elemento cognoscitivo y del volitivo, puede señalarse aquí que la existencia del dolo requiere aquí que el juez conozca que su decisión es injusta y que la emita a sabiendas de su oposición a la ley (...)*.

<sup>168</sup> Puede verse el Auto TSJ de Madrid, Sección 1ª, 40/2021, de 1 de junio (ponente: Sr. Santos Vijande); STSJ de Madrid, Sección 1ª, 68/2020, de 15 de diciembre (ponente: Sr. Suárez Leóz); STSJ de Madrid, Sección 1ª, 37/2018, de 17 de mayo (ponente: Sr. Santos Vilanje); STSJ de Aragón, Sección 1ª, 3/2019, de 26 de noviembre (ponente: Sr. Samaneres Ara).

## 2.2. Identificación con el dolo eventual. Referencia a la imprudencia.

Algunos autores, como PEDREIRA GONZÁLEZ, defienden en el delito de prevaricación judicial dolosa un dolo común (dolo directo y dolo eventual) porque interpretan extensivamente la expresión *a sabiendas*. Este autor considera que la expresión *a sabiendas*, interpretada gramaticalmente, hace referencia al verbo “saber”, esto significa que, el juez debe saber que está dictando una resolución o sentencia injusta y aunque el tipo no exija expresamente saber con “certeza” que la resolución es injusta, puede ser sancionado a título de dolo eventual<sup>169</sup>.

Otro de los argumentos utilizados para afirmar la prevaricación judicial dolosa eventual encuentra fundamento en la función político-criminal de la expresión *a sabiendas*. Como ya dijimos, tradicionalmente en los tipos penales era introducida esta expresión con la función de excluir la modalidad imprudente. Sin embargo, en la actualidad, siguiendo a RAMOS TAPIA, debido a la incorporación por el Código Penal de 1995 del sistema *numerus clausus* de la imprudencia solamente caben dos opciones para la expresión *a sabiendas*: o bien, tiene por función negar la comisión dolosa eventual o, bien, no tiene ninguna función. En este sentido, mantiene RAMOS TAPIA que en el delito de prevaricación judicial dolosa regulado en el artículo 446 CP la expresión *a sabiendas* “no cumple la función dogmática de excluir la comisión doloso-eventual de la conducta”, solamente ha sido introducida en el tipo para referirse más intensamente al conocimiento de la injusticia de la resolución por parte del Juez o Magistrado<sup>170</sup>.

Siguiendo la teoría de la probabilidad hablamos de dolo eventual cuando una persona realiza una conducta y advierte como altamente probable la causación de un

---

<sup>169</sup> En el delito de prevaricación judicial dolosa está presente un dolo común: “la expresión *a sabiendas* en ningún caso prejuzga el grado de certeza de ese conocimiento. Es decir, si la expresión *a sabiendas*, pudiera inferirse que exige no solo saber, sino saber con certeza, plantearía dificultades ir más allá del dolo directo y defender su compatibilidad con el dolo eventual, pero dicha alusión no requiere un conocimiento de tales circunstancias” según PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., p.133.

<sup>170</sup> Véase RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 390-394.

resultado constitutivo de infracción penal<sup>171</sup>. Por lo que, cuando un juez considere altamente probable que la sentencia o resolución que va a dictar sea objetivamente contraria al ordenamiento jurídico y, a pesar de su injusticia, decida dictarla, será castigado como autor de un delito de prevaricación judicial dolosa a título de dolo eventual<sup>172</sup>, sin poder reconducirlo al tipo imprudente regulado en el artículo 447 CP con la finalidad de “evitar contradicciones legales, valorativas y sistemáticas difícilmente asumibles”<sup>173</sup>.

El Tribunal Supremo exige un dolo directo, dejando a un lado su consideración como dolo de primer o segundo grado, ha declarado expresamente que el término *a sabiendas* elimina la posibilidad de cometer el delito de prevaricación judicial tanto de forma culposa como a título de dolo eventual<sup>174</sup>, porque *precisa además su realización con dolo directo, quedando excluida totalmente la posibilidad del dolo eventual*, STS 2/1999, de 15 de octubre <sup>175</sup>.

En sentido contrario, GARCÍA ARÁN y ABELLANET GUILLOT consideran que si un juez no tiene la certeza absoluta de que la resolución o sentencia que pretende dictar es injusta, pero advierte una alta probabilidad de que dictándola contradiga objetivamente el ordenamiento jurídico, la solución correcta es castigar al juez o magistrado por un delito de prevaricación judicial a título de imprudencia grave regulado en el artículo 447 CP, pero no por la modalidad dolosa del artículo 446 CP a título de dolo eventual<sup>176</sup>.

---

<sup>171</sup> La dificultad que entraña la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente (modalidad de imprudencia) radica en que tienen una estructura común debido a que: a) en los dos supuestos el sujeto no quiere el resultado, b) se ha representado como posible su producción<sup>171</sup>. Siguiendo la teoría de la probabilidad lo esencial para diferenciar el dolo eventual y la culpa consciente será “el grado de probabilidad” observado por el autor MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 245-248.

<sup>172</sup> Puede verse entre otros RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 401; PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 133-134.

<sup>173</sup> PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 133-134.

<sup>174</sup> Véase STS 1031/2002, de 30 de mayo (ponente: Sr. Jiménez Villarejo).

<sup>175</sup> STS 2/1999, de 15 de octubre (ponente: Sr. García Ancos).

<sup>176</sup> GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., pp. 110-111, ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.85.

Al desarrollar el concepto de injusticia de la resolución<sup>177</sup> advertimos que no comete un delito de prevaricación judicial, el juez o magistrado que en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales dicte una resolución o sentencia que sea justificable teóricamente acudiendo a los medios utilizados en derecho, por lo que debemos partir de la premisa de que no hay una única solución justa, sino que cabe la posibilidad de que las disposiciones legales contengan unas soluciones más justas que otras<sup>178</sup>. Entonces, ¿qué ocurre si un juez dicta una resolución o sentencia y no es la solución *más adecuada* para el caso concreto? La autora GARCÍA ARÁN considera que, la consecuencia no puede ser castigar al juez o magistrado por un delito de prevaricación judicial dolosa a título de dolo eventual, porque todos los jueces tienen “la certeza” de que sus decisiones *pueden* no ser las más apropiadas para el caso concreto y no por ello pueden negarse a juzgar artículo 448 CP y, además, porque cuando un juez se equivoque en la decisión adoptada para el caso concreto y, por consiguiente vulnere la ley, la solución será activar el régimen de recursos previstos en el ordenamiento jurídico, pero no sancionar por un delito de prevaricación judicial dolosa<sup>179</sup>.

El régimen de recursos está previsto únicamente para aquellos supuestos de faliabilidad humana porque “la duda razonable”<sup>180</sup> y la “previsión de justicia” deben quedar al margen del ámbito del dolo eventual. Sin embargo, ¿qué sucede si un juez tiene conocimiento de la alta probabilidad de que la resolución o sentencia sea injusta y, aún así, decide dictarla? Será castigado como autor de un delito de prevaricación judicial imprudente regulado en el artículo 447 CP, por ser la resolución “manifiestamente injusta”, pero no por un delito de prevaricación judicial doloso que exige dictar una resolución siendo consciente de su injusticia únicamente a título de dolo directo<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> Véase el apartado 4. Carácter injusto de la resolución del título I de este trabajo de investigación, pp.

<sup>178</sup> GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p. 130.

<sup>179</sup> Véase GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., pp.130-131.

<sup>180</sup> Según ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.85.

<sup>181</sup> Puede verse entre otros ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.85; GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., pp.130-131.

### **2.3. Elemento subjetivo del injusto distinto del dolo.**

El tipo de injusto de algunos delitos exige la concurrencia de dolo y, además, de los denominados elementos subjetivos del injusto distintos del dolo referidos a “especiales tendencias o motivos”<sup>182</sup>. El Tribunal Supremo ha negado que la expresión *a sabiendas* sea un elemento subjetivo del injusto <sup>183</sup>.

Por su parte, la Doctrina mayoritaria también mantiene que la *expresión a sabiendas* no se identifica con un elemento subjetivo distinto del dolo. En este sentido GARCIA ARÁN, señala que “no supone un especial elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, sino que recoge precisamente la existencia del dolo referido al conocimiento de los elementos del tipo subjetivo, en relación con la prevaricación, (...) la concepción de la injusticia de la resolución con independencia del convencimiento de su autor”<sup>184</sup>. Igualmente, RAMOS TAPIA considera que los móviles del juez o magistrado sirven para confirmar que la resolución o sentencia es injusta y, por consiguiente, la concurrencia del tipo objetivo de la prevaricación<sup>185</sup>.

## **III. ERROR EN LA INJUSTICIA**

### **1. TRATAMIENTO DEL ERROR EN LA INJUSTICIA COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO**

#### **1.1. Introducción**

Los tipos dolosos, como el artículo 446 CP que regula la prevaricación judicial dolosa, exigen acreditar que el sujeto tenga conocimiento de estar realizando la conducta descrita en el tipo (en este caso, dictar una resolución o sentencia injusta) y, además, la voluntad de llevarla a cabo<sup>186</sup>. En los siguientes apartados analizaremos la posible

---

<sup>182</sup> Véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte general*, cit., pp. 294-295.

<sup>183</sup> Véase STS 308/2009, de 23 de marzo (ponente: Sr. Delgado García), STS 2/1999, de 15 de octubre (ponente: Sr. García Ancos) o STSJ de Andalucía, Sección 1ª, de 10/2008, de 7 de agosto (ponente: Sra. Montalbán Huertas).

<sup>184</sup> Véase GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., pp.123-124.

<sup>185</sup> Véase RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 376- 384.

<sup>186</sup> MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 238 – 250.

responsabilidad penal que tendría un Juez o Magistrado si desconociera el carácter injusto de la resolución o sentencia dictada. El análisis del error en la injusticia de la resolución o sentencia por parte del Juez o Magistrado exige tener presente que el concepto de *injusticia* de la resolución es un elemento normativo del tipo<sup>187</sup>, cuyo significado precisa de una “valoración jurídico – social”<sup>188</sup>.

De modo que este apartado persigue dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿qué tratamiento tiene el error sobre la injusticia de la resolución o sentencia? Para desarrollar una respuesta es necesario acudir, en primer lugar, al artículo 14 CP<sup>189</sup> que diferencia entre los denominados error de tipo y error de prohibición. Por un lado, hablamos de error de tipo cuando el sujeto desconoce alguno o todos los elementos que integran el tipo objetivo<sup>190</sup> y, por otro lado, si el sujeto desconoce la ilicitud de la conducta realizada, es decir, que la conducta estaba prohibida hablamos de error de prohibición<sup>191</sup>.

La diferencia es importante porque siguiendo la teoría de la culpabilidad, únicamente el error de tipo tiene efectos en la tipicidad y si el error es vencible excluye el dolo, pero no la imprudencia. Si el error de tipo fuera invencible también excluiría la imprudencia. A diferencia del error de prohibición que afecta a la categoría de la culpabilidad, si el error fuera invencible excluye la responsabilidad penal y si el error

---

<sup>187</sup> “Son elementos normativos los que aluden a una realidad determinada por una norma jurídica o social” según MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, cit., p. 211; también puede verse DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art.319CP”, cit., p. 23; o DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo*, Ed., La Ley, Madrid, 2008, pp. 44-45; o DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art.319CP”, cit., p. 23.

<sup>188</sup> Véase GÜIDI CLAS, E.M., *La Prevaricación Judicial en España y en el Derecho Comparado*, cit., p. 79.

<sup>189</sup> Véase artículo 14 CP de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personas del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impediría su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

<sup>190</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte general*, cit., pp. 291 – 296.

<sup>191</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte general*, cit., pp. 399- 407.

fuera vencible se atenúa la pena, pero no se castiga por la modalidad imprudente como en el error de tipo <sup>192</sup>.

## 1.2. El error sobre la injusticia como un error de tipo

El problema aparece respecto de si el error sobre un elemento normativo, en este caso la injusticia de la resolución conduce al denominado error de tipo o al denominado error de prohibición, *la Doctrina mayoritaria sostiene que los errores sobre elementos del tipo, aunque sea sobre elementos normativos, son siempre errores de tipo y así deben ser tratados* (STS 438/2018, de 3 de octubre) <sup>193</sup>.

En este sentido, MUÑOZ CONDE, afirma que es suficiente con que el sujeto que realiza la conducta típica haya efectuado “una valoración paralela en la esfera del profano”, para atribuir el conocimiento del elemento normativo a título de dolo<sup>194</sup>. Y, en cuanto a su consideración como error de tipo o error de prohibición, este autor señala que “el carácter secuencial de la teoría del delito” obliga a resolver el problema del error en la categoría donde está ubicado. De manera que, si el Legislador emplea el concepto de injusticia para describir la conducta típica, no cabe duda de que ese elemento está ubicado en la tipicidad, por lo que de no concurrir la conducta es atípica. Por tanto, el desconocimiento de la injusticia de la resolución debe ser tratado como un error de tipo<sup>195</sup>. Asimismo, RAMOS TAPIA considera que, cuando el Juez o Magistrado ignora el Derecho aplicable al caso, ya sea porque ha fundado su decisión en normas posteriormente derogadas o inconstitucionales, y esa ignorancia conlleva la injusticia de la resolución, el desconocimiento del Derecho solo puede ser tratado como un error de tipo<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, cit., p. 167.

<sup>193</sup> STS 438/2018, de 3 de octubre (ponente: Sr. Menéndez de Luarca).

<sup>194</sup> MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 291-292.

<sup>195</sup> El error sobre los elementos normativos deben ser tratados como un error de tipo regulado en el apartado 1 del artículo 14 CP “sin discutir su relación estrecha con la antijuridicidad” según MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 404-405

<sup>196</sup> Véase RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., pp. 413 – 417.

La diferencia entre *el error sobre un hecho constitutivo de infracción penal* (error de tipo) recogido en el apartado 1 del artículo 14 y el *error sobre la ilicitud del hecho* (error de prohibición) regulado en el apartado 3 del mismo artículo, es distinta de la tradicional y actualmente descartada separación entre “error de hecho” y “error de derecho”, siguiendo la postura de MIR PUIG todo error sobre un elemento normativo del tipo, a pesar de ser “un error de derecho”, es equiparado al *error sobre un hecho constitutivo de infracción penal*, esto es el error de tipo regulado en el apartado 1 del artículo 14<sup>197</sup>.

El Tribunal Supremo ha señalado que el delito de prevaricación judicial es *un delito de técnicos de Derecho*<sup>198</sup> por la cualificación jurídica que ostentan los jueces y magistrados, luego es difícil comprender que aquellos, de forma errónea, realicen una valoración y, posterior tarea de subsunción de los hechos en las normas que aplican incidiendo en un error de tipo<sup>199</sup>. Por tanto, aunque en la práctica es complicado que un Juez o Magistrado desconozca las normas aplicables al caso, la Doctrina mayoritaria<sup>200</sup> considera que, si un juez dicta una resolución o sentencia creyendo erróneamente que es ajustada a derecho, entendida la injusticia de la resolución como un elemento normativo del tipo objetivo, hablaremos de un error de tipo. El error es vencible cuando el juez o magistrado hubiera podido evitar la injusticia de la resolución si hubiese advertido el “debido cuidado” y, por el contrario, el error es invencible cuando el juez aún actuando con “la diligencia debida” no hubiese podido evitar la injusticia de la resolución<sup>201</sup>.

---

<sup>197</sup> La sustitución de la terminología *error de tipo* en la Doctrina actual por la anteriormente empleada de *error de hecho*, del mismo modo que la expresión *error de prohibición* ha desplazado a la anterior de *error de derecho*. El fundamento radica en que el tipo puede estar formado tanto por elementos de hecho como de derecho (elementos normativos jurídicos) y el error sobre todos ellos merece el mismo tratamiento con independencia de si son de hecho o de derecho” véase MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, cit., pp. 253-254.

<sup>198</sup> Véase STS 101/2012, de 27 de febrero (ponente: Sr. Martínez Arrieta).

<sup>199</sup> Véase ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p. 86.

<sup>200</sup> Según GARCÍA ARÁN, M., La prevaricación judicial, cit., pp. 133- 135, ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.86, FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, cit.

<sup>201</sup> Según MIR PUIG, S., Derecho penal. Parte general, cit., p. 254.

Estas clases de error tienen consecuencias distintas, por un lado, el error de tipo invencible *excluye la responsabilidad criminal* y, por otro lado, si el error fuera vencible, *la infracción será castigada, en su caso, como imprudente*<sup>202</sup>, por lo que, cuando un juez dicta una resolución cuya injusticia hubiera podido evitar observando las normas de cuidado, se excluirá el dolo, pero no la responsabilidad penal, porque hay una modalidad de imprudencia en la prevaricación judicial regulada en el artículo 447 CP<sup>203</sup>. Sin embargo, si la injusticia de la resolución fuera inevitable, a pesar de haber actuado con la diligencia debida, la conducta es atípica y, en principio, impune<sup>204</sup>.

### **1.3. El error sobre la injusticia como un error de prohibición**

La Doctrina mayoritaria mantiene que en el delito de prevaricación judicial dolosa no puede aceptarse el error de prohibición. Sin embargo, FERRER BARQUERO considera que solamente es posible tal consideración “cuando un Juez actué de modo objetivamente injusto, pero lo haga convencido de la licitud de su conducta, es decir, crea que en un caso concreto puede *torcer el derecho* sin que la resolución dictada sea ilícita”<sup>205</sup>. Esta afirmación nos traslada a la categoría de la culpabilidad, concretamente a uno de sus elementos “el conocimiento de la antijuridicidad del hecho”, porque hablaremos de error de prohibición cuando el autor no tenga conocimiento de la ilicitud de su conducta<sup>206</sup>.

---

<sup>202</sup> Véase artículo 14 CP de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personas del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impediría su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

<sup>203</sup> Véase artículo 447 CP de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *El juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para el empleo o cargo público por el tiempo de dos a seis años.*

<sup>204</sup> MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte general, cit., p. 254.

<sup>205</sup> Véase FERRER BARQUERO, R., “El error de tipo y de prohibición en la prevaricación judicial”, cit.

<sup>206</sup> Véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte general*, cit., 399-401.

Es incomprensible en un Estado social y democrático de derecho que si todos los Jueces son conocedores de estar *sometidos únicamente al imperio de la ley*<sup>207</sup>, antepongan a esa obligación su propia idea de justicia. Por esta razón, cuando FERRER BARQUERO sostiene la posibilidad de extender el error de prohibición al delito de prevaricación judicial diciendo que, “si un juez dicta una resolución injusta, sabedor de que *prima facie* es contraria a Derecho, pero le mueve la falsa creencia de que concurre una circunstancia que justifica tal acción”<sup>208</sup>, aunque no lo diga expresamente parece referirse al denominado error de prohibición indirecto que es de aplicación cuando el autor es consciente de que la conducta realizada está prohibida, pero cree que hay una causa de justificación aplicable al caso concreto que convierte en permitida la conducta que estaba prohibida<sup>209</sup>. Esta postura es defendida también por RAMOS TAPIA toda vez que “el juez sabe que su decisión es contraria al Derecho positivo aplicable al caso, pero entiende que su conducta no es ilícita”<sup>210</sup>.

El error de prohibición tiene unas consecuencias distintas a las previstas para el error de tipo, por un lado, el error de prohibición invencible *excluye la responsabilidad criminal* y, por otro lado, si el error fuera vencible, *se aplicará la pena inferior en uno o dos grados*<sup>211</sup>. Por lo que, cuando un Juez sabe que la resolución o sentencia dictada es injusta, pero cree erróneamente actuar amparado en una causa de justificación, dicho error

---

<sup>207</sup> Véase artículo 177 de la Constitución Española: *La justicia emana del pueblo y se administra en nombre de Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (...)*.

<sup>208</sup> Véase FERRER BARQUERO, R., “El error de tipo y de prohibición en la prevaricación judicial”, cit.

<sup>209</sup> Hay dos clases de error de prohibición: “por un lado, el error de prohibición directo cuando el error afecta a la existencia de la norma prohibida y, por otro lado, el error de prohibición indirecto cuando afecta a la existencia o presupuestos objetivos de una causa de justificación que autorice la acción, generalmente prohibida, en un caso concreto”, véase MUÑOZ CONDE F., Derecho penal. Parte general, cit., p. 401.

<sup>210</sup> RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 418.

<sup>211</sup> Véase artículo 14 CP de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personas del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impediría su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.*

no afecta a la tipicidad porque la conducta que sigue siendo dolosa, sino a la culpabilidad que será excluida o atenuada en función del tipo de error<sup>212</sup>.

#### 1.4. El error sobre la injusticia como un error de subsunción

El Tribunal Supremo ha concretado respecto de los delitos de prevaricación de los funcionarios públicos regulado en el artículo 404 CP<sup>213</sup> que el error sobre la injusticia de la decisión *no es un error de tipo ni de prohibición, sino un error de subsunción, porque la injusticia o la arbitrariedad de las resoluciones es un elemento normativo del tipo*, (STS 741/2021, de 4 de octubre)<sup>214</sup>. Según DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO el error de subsunción se puede definir como “la falsa creencia de que, un determinado estado de cosas (unas determinadas circunstancias), encaja o no encaja en un determinado tipo (o elemento de un tipo) penal”<sup>215</sup>.

El alcance del error de subsunción no es pacífico, pero es posible diferenciar en la Doctrina tres tratamientos distintos respecto del error: a) penalmente irrelevante b) como un error de prohibición c) de forma minoritaria como un error de tipo<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, cit., pp. 404-405.

<sup>213</sup> Véase artículo 404 CP de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: *A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años.*

<sup>214</sup> Véase STS 741/2021, de 4 de octubre (ponente: Sr. LLarena Conde).

<sup>215</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, cit., p. 206.

<sup>216</sup> DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, cit., p. 209-211. A efectos del error de subsunción hay tres espacios distintos según esta autora: en primer lugar, el error de subsunción es irrelevante y no excluye el dolo si el autor, aun habiendo realizado una interpretación equívoca del significado del elemento normativo, es consciente del alcance social de su comportamiento. En segundo lugar, el error de subsunción puede incidir en un error de prohibición (sin necesidad de representaciones erróneas sobre las causas de justificación) en aquellos supuestos en que la ausencia de representación constituye una disminución del ámbito de la norma. Y, en tercer lugar, el error de subsunción puede ser tratado como un error de tipo la postura mas adecuada, cuando el sujeto interprete erróneamente la extensión en un caso concreto de un tipo de perfiles difusos, y sin disminuir la validez a la interpretación dogmática general. Debido a que, ante estas cuestiones jurídicas que son discutibles deben ponderarse tanto el estándar jurídico o social admitido por el jurista como el que pueda asumir cualquier otro sujeto” véase SUAY HERNÁNDEZ, B. C., *Los elementos normativos y el error*, pp. 98- 141. Disponible en: <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/13.4.2suayhernandez-elementosnormativos.pdf> [fecha última consulta: 21/05/2022].

En el ámbito de la prevaricación judicial dolosa, RAMOS TAPIA, considera que aquellos supuestos en los que el Juez o Magistrado dicta una resolución o sentencia con fundamento en “el Derecho suprallegal creyendo que forma parte del ordenamiento jurídico” y, en consecuencia, esa la resolución es calificada como injusta, será tratado como un error de subsunción y resuelto como un error de prohibición<sup>217</sup>.

## **2. El tratamiento del error de la injusticia como norma penal en blanco**

Si entendemos que “la ambigüedad” del concepto de injusticia de la resolución<sup>218</sup> convierte al delito de prevaricación judicial regulado en el artículo 446 CP en una norma penal en blanco<sup>219</sup>, teniendo presente que no todos los elementos normativos son leyes penales en blanco<sup>220</sup>, la norma que regula la prevaricación judicial estaría completada en su supuesto de hecho por las disposiciones legales que hubiera utilizado el juez para solucionar el caso concreto y, a efectos de error, incidirá en un error de tipo el juez que interprete erróneamente los presupuestos contemplados en las disposiciones legales a las que remite la norma penal en blanco y en un error de prohibición quien ignore la existencia de la propia norma<sup>221</sup>.

Sin embargo, en el delito de prevaricación judicial dolosa regulado en el artículo 446 CP no puede aceptarse la existencia de un error de prohibición porque es inconcebible que un juez o magistrado no sepa que es el artículo 446 CP el que prohíbe dictar

---

<sup>217</sup> RAMOS TAPIA, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, cit., p. 418.

<sup>218</sup> FERRER BARQUERO, R., “El error de tipo y de prohibición en la prevaricación judicial”, cit.

<sup>219</sup> Véase STC 127/1990, de 5 de julio (ponente: Sr. García- Mon y González Regueral): Las leyes penales en blanco son normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, (...) se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley se remite, y resulte de esta forma salvaguarda la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.

<sup>220</sup> “No todos los elementos normativos son leyes en blanco, ni solo las leyes en blanco contienen remisiones normativas”, véase DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico”, cit., p. 26

<sup>221</sup> Véase GARCIA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p.134.

resoluciones o sentencias injustas<sup>222</sup>, incluso aceptando la consideración de una norma penal en blanco, el error sobre las disposiciones legales que completan el supuesto de hecho la norma debe ser reconducido al concepto de *imprudencia grave* o *ignorancia inexcusable* regulado en el artículo 447 CP<sup>223</sup>.

En conclusión, el tratamiento jurídico de aplicación según GARCÍA ARÁN será el correspondiente al error de tipo cuando el juez desconozca la injusticia de la resolución, con independencia de que sea valorada como un elemento normativo o una norma penal en blanco, si es invencible la conducta es atípica y si es vencible se aplica el tipo imprudente.

---

<sup>222</sup> Véase ABELLANET GUILLOT, F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, cit., p.86.

<sup>223</sup> “El tipo de prevaricación judicial imprudente exige que la injusticia sea manifiesta, por lo que el error que afecta a la misma generalmente es tratado como un error vencible, tanto si el desconocimiento se desprende de la actuación negligente del juez, como si se desprende de su ignorancia”, véase GARCIA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, cit., p.134.

## IV. CONCLUSIONES

### I

El delito de prevaricación judicial dolosa regulado en el artículo 446 CP es un delito especial propio cuyo ámbito de aplicación alcanza tanto a los Jueces de Paz como a las más altas Magistraturas. La responsabilidad penal a título de autor está limitada a la concurrencia de un criterio formal y un criterio material. El primer criterio referido a la potestad legalmente atribuida a los Jueces y Magistrados y el segundo al ejercicio efectivo de dicha potestad.

Solamente puede cometer este delito a título de autor o coautor el Juez o Magistrado que firme una resolución o sentencia injusta, esto quiere decir que cualquier otro interviniente en la comisión de este delito solo podrá ser castigado a título de partícipe.

### II

El Tribunal Supremo y la Doctrina mayoritaria, en virtud de lo previsto en el artículo 446 CP, consideran que la conducta típica consiste en dictar una resolución o sentencia injusta. El verbo típico es “dictar” que es un elemento descriptivo del tipo y, a efectos del delito de prevaricación judicial, es entendido como la acción de firmar una sentencia o resolución.

### III

En cuanto a la estructura típica de este delito en función del resultado, la Doctrina mayoritaria considera que el delito de prevaricación judicial es un delito de mera actividad, porque solo castiga la realización de una acción que consiste en dictar una resolución o sentencia injusta, sin que deba acompañarse de un resultado separable - espacio temporalmente de la misma, quedando consumado el delito cuando la resolución o sentencia esté firmada.

Sin embargo, un sector minoritario mantiene que el delito de prevaricación judicial es un delito de resultado y ello exige separar la acción, entendida como una manifestación de voluntad efectuada por el Juez o Magistrado, y el resultado que es la

constatación de esa voluntad en una resolución que reviste los carácter formales para surtir efectos. Los defensores de esto tratan como tentativa el caso en el que Juez o Magistrado manifieste solo su voluntad, sin que llegue a materializarla en un auto, providencia o sentencia.

#### IV

La estructura típica de este delito en función de la conducta responde a un delito de acción, aunque algún sector de la Doctrina admite que este delito pueda ser cometido en comisión por omisión.

En contra, la Doctrina mayoritaria niega esta modalidad omisiva porque no concurren los requisitos exigidos por el artículo 11 CP que son la causación de un resultado y la posición de garante por parte del Juez o Magistrado. Por una parte, el primer requisito no se cumple, si entendemos que el delito de prevaricación judicial es un delito de mera actividad y la acción no produce un resultado separable espacio - temporalmente de ella. Y, por otra parte, el segundo requisito entendemos que tampoco está presente, aunque plantea problemas negar que el Juez se encuentre en una posición de garante, en tanto en cuanto, algunos defienden que tiene la obligación de dictar una resolución o sentencia justa.

Asimismo, a través del silencio administrativo y del voto particular algún sector Doctrinal ha justificado la comisión por omisión en la prevaricación judicial. Negamos que ambas figuras permitan prevaricar en comisión por omisión, debido a que la figura del silencio solamente está presente en el ámbito de la Administración Pública, pero no en la Administración de Justicia y porque en el seno de un órgano colegiado, el Magistrado que se aparte de la propuesta ilegal del ponente, aunque dicho Magistrado no haya desarrollado un voto particular manifestando que está en contra del contenido de la decisión y, a pesar de que esté obligado a firmar esa resolución o sentencia, estará exento de responsabilidad penal, siempre que vote en un sentido contrario.

#### V

El objeto material del delito de prevaricación judicial está formado por las resoluciones o sentencias. En cuanto a las resoluciones, es importante tener en cuenta un criterio formal y otro criterio material, porque solo aquellas resoluciones injustas de naturaleza jurisdiccional dictadas por Jueces o Magistrados que adopten algunas de las formas previstas en el artículo 245.1 LOPJ (autos, providencias o sentencias) y dictadas en el ejercicio efectivo de su potestad jurisdiccional, pueden dar lugar a un delito de prevaricación judicial dolosa regulado en el artículo 446 CP. Sin embargo, aquellas resoluciones injustas dictadas por Jueces o Magistrados en el seno de un órgano administrativo y, por consiguiente, de carácter administrativo, solo podrán ser constitutivas de un delito de prevaricación administrativa regulado en el artículo 404 CP, por no tener naturaleza jurisdiccional.

## VI

Para comenzar a hablar de un delito de prevaricación es necesario que la resolución o sentencia dictada por el Juez o Magistrado sea calificada como injusta. El concepto de injusticia de la resolución es un elemento normativo del tipo, porque para entender su significado es necesario hacer una valoración jurídica. Sobre cuándo una resolución es injusta se distinguen tres posiciones doctrinales:

En primer lugar, la teoría subjetiva considera que una resolución es injusta cuando la decisión adoptada por el Juez sea contraria a sus propias convicciones, con independencia de que no sea contraria a la Ley al Derecho. Esto conlleva que la legalidad o ilegalidad de la resolución o sentencia sea irrelevante para calificar una resolución como injusta. La Doctrina mayoritaria rechaza esta teoría por la dificultad que supone acreditar que la voluntad del Juez no es la reflejada en la resolución o sentencia, por los efectos perjudiciales que lleva aparejada y porque vulnera el artículo 117.1 CE que obliga a los Jueces y Magistrados a someterse únicamente al imperio de la ley.

En segundo lugar, la teoría objetiva, defendida por la Doctrina mayoritaria, señala que una resolución o sentencia es injusta cuando contradiga objetivamente el ordenamiento jurídico. El Tribunal Supremo entiende que solo un Juez o Magistrado se aparta del ordenamiento jurídico cuando se acredite una incuestionable infracción del Derecho y las potestades jurisdiccionales se ejerzan de forma arbitraria. También ha

señalado el Tribunal Supremo la importancia del principio de legalidad, pues solo cuando un Juez o Magistrado abandone el principio mencionado podemos comenzar a hablar de una posible actuación prevaricadora. El Tribunal Supremo y la Doctrina mayoritaria mantienen que cuando el Juez o Magistrado hubiera seleccionado una solución de todas las posibles en la norma aplicada al caso, esa decisión solamente podrá ser calificada como injusta si no responde a una interpretación jurídicamente defendible.

Y, en tercer lugar, la teoría intermedia o de la infracción de deberes considera que, si un Juez o Magistrado dicta una resolución o sentencia sin haber observado los modelos de interpretación jurídica y normas procesales previstas en la ley, su decisión será injusta.

## VII

El tipo subjetivo del delito de prevaricación judicial dolosa exige que el Juez o Magistrado haya realizado la conducta “a sabiendas” de su injusticia. Durante la vigencia del Código Penal de 1973 la expresión “a sabiendas” tenía la función de evitar la aplicación de la clausula general de imprudencia prevista para todos los tipos penales. En la actualidad, la incorporación por el Código Penal de 1995 de un sistema *numerus clausus* de imprudencia impide afirmar que la expresión “a sabiendas” desempeñe la misma función, ya que los tipos penales tienen previsto expresamente cuando cabe su comisión de forma imprudente.

El Tribunal Supremo y, con carácter general, la Doctrina, identifican la expresión “a sabiendas” con el dolo directo, aunque en ocasiones el Tribunal Supremo parece referirse concretamente a un dolo directo de primer grado, porque se centra en la intención del Juez o Magistrado y, en otras, a un dolo directo de segundo grado, porque se refiere al conocimiento por parte del Juez o Magistrado, pero no a su intención de dictar una resolución o sentencia injusta.

## VIII

Los problemas en relación con la expresión “a sabiendas” tienen su origen en aquellos supuestos en los que el Juez o Magistrado no tiene la certeza de que la resolución

o sentencia que ha dictado sea injusta. En este sentido, el tratamiento no es pacífico, porque cuando un Juez considera altamente probable que la sentencia o resolución puede vulnerar objetivamente el ordenamiento jurídico y, aun así, decide dictarla, hay un sector de la Doctrina que defiende castigar a ese autor por un delito de prevaricación judicial dolosa a título de dolo eventual y, sin embargo, hay otro sector que lo reconduce al delito de prevaricación judicial imprudente del artículo 447 CP.

## IX

La Doctrina de forma unánime niega la consideración de la expresión a “sabiendas” como un elemento subjetivo distinto del dolo.

## X

El carácter “injusto” de la resolución es un elemento normativo del tipo, por lo que se debate sobre si el error sobre la injusticia de una resolución o sentencia ha de ser tratado como error de tipo o como error de prohibición.

El Tribunal Supremo y la Doctrina mayoritaria consideran que el Juez o Magistrado que desconoce que la resolución o sentencia que ha dictado es injusta incurre en error de tipo, porque todos los errores sobre elementos del tipo, aun cuando sean normativos, son siempre errores de tipo. Si trasladamos esta afirmación al ámbito de la prevaricación judicial, vemos que el carácter injusto de la resolución o sentencia es un elemento normativo del tipo objetivo y, por consiguiente, su error debe ser tratado como error de tipo. Si el Juez o Magistrado hubiese podido evitar la injusticia de la resolución o sentencia observando las normas de cuidado el error sería vencible y, por tanto, el Juez o Magistrado sería castigado por el delito de prevaricación judicial imprudente del artículo 447 CP. Por contra, si el Juez o Magistrado no lo hubiera podido evitar estaría exento de responsabilidad penal, en case al artículo 14.1 CP por tratarse de un error invencible.

Algunos autores consideran un error de prohibición aquellos supuestos en los que el Juez o Magistrado sabe que ha dictado una resolución o sentencia injusta, pero está convencido de que su conducta es lícita porque está amparada en una causa de justificación.

## XI

Algunos autores han considerado que el artículo 446 CP es una norma penal en blanco, en lugar de un elemento normativo del tipo. Esto significa que, si el Juez o Magistrado desconoce la norma penal en blanco incurrirá en un error de tipo, pero si lo que desconoce, son las normas a las que remite el artículo 446 CP, aplicables para solucionar el caso concreto, incidirá en un error de prohibición.

No obstante, otros autores mantienen que la injusticia de la resolución tanto si es considerada un elemento normativo como una norma penal en blanco, su desconocimiento solo puede dar lugar a un error de tipo.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M., “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”, en *Revista penal*, nº 14, Julio 2004, pp. 3-23. Disponible en <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/9.1abanto-vasquez.pdf> [fecha de última consulta: 3/05/2022].

ABELLANET GUILLOT F., “La prevaricación judicial en el Código Penal de 1995”, en *Revista jurídica de Catalunya*, nº3, pp. 71-100.

ACALE SÁNCHEZ, M., “Los delitos de mera actividad”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2º Época, nº10 (2002), pp. 11-45.

ACALE SÁNCHEZ, M., *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Ed. Comares, Granada, 2000.

ÁLVAREZ GARCÍA. J., *Sobre el principio de legalidad*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2009.

BONMATÍ ORTEGA, P., El tratamiento jurisprudencia de la prevaricación judicial, en *La Ley penal*, nº 55, 2008, pp. 1-16.

CARBALLO CUERVO, M.A., “Delitos contra la Administración de Justicia”, en Camacho Vizcaíno (Dir.) *Tratado de Derecho Penal Económico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 2163-2180.

GONZALEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, disponible en [https://www-tirantonline.com.unican.idm.oclc.org/tol/documento/show/130980?general=prevaricación+funcionario+público&librodoctrina=4281&navigate\\_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%2Fnavigate%3Ftoken\\_id%3D62b96e73c7fb0c001741b168&next\\_index=3&num\\_found=13&pais=esp&prev\\_index=1&search\\_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%3Findex%3D2%26token\\_id%3D62b96e73c7fb0c001741b168&tolweb\\_search\\_token\\_id=62b96e73c7fb0c001741b168](https://www-tirantonline.com.unican.idm.oclc.org/tol/documento/show/130980?general=prevaricación+funcionario+público&librodoctrina=4281&navigate_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%2Fnavigate%3Ftoken_id%3D62b96e73c7fb0c001741b168&next_index=3&num_found=13&pais=esp&prev_index=1&search_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%3Findex%3D2%26token_id%3D62b96e73c7fb0c001741b168&tolweb_search_token_id=62b96e73c7fb0c001741b168) [fecha última consulta: 27/06/2022].

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., El error sobre elementos normativos del tipo, Ed., La Ley, Madrid, 2008.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Tipicidad e imputación objetiva*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., “La aplicación retroactiva de la norma del planeamiento urbanístico en el art.319 CP”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, nº6, pp. 13 – 44.

DEL ÁGUILA TORRES, J. J., “La represión política a través de la jurisdicción de guerra y sucesivas jurisdicciones especiales del franquismo”, en *Hispania Nova: Revista de Historia Contemporánea*, nº1, 2015, pp., 211- 242.

DURANGO ALVAREZ, G. A., “Justicia, Derecho e Igualdad”, en *Revista Forum*, Vol 1, nº1, disponible en línea: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3989244> [última consulta: 14/05/2022]., pp. 35-64.

ESQUINAS VALVERDE, P., “Clasificación de los delitos. La tipicidad (I)”, en Moreno-torres Herrera (dir.), *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.89 – 102, pp.104-119.

ESQUINAS VALVERDE, P., “La realización del tipo objetivo en los delitos de resultado. El nexo de imputación objetiva del resultado a la acción del sujeto”, en Moreno-torres Herrera (Dir.) *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, pp. 104-119.

FERRER BARQUERO, R., *El delito de prevaricación judicial*, disponible en [https://www-tirantonline-com.unican.idm.oclc.org/base/tol/librodoctrinas?token\\_id=62bd891e669def00179a8b80](https://www-tirantonline-com.unican.idm.oclc.org/base/tol/librodoctrinas?token_id=62bd891e669def00179a8b80) [fecha última consulta: 22/05/2022].

GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990.

GÓMEZ PAVÓN, P., “El Estado de Derecho, poder judicial y delito de prevaricación judicial”, en López González y Gómez Pavón (coord.), *Delitos contra la Administración Pública y Corrupción*, Ed. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2021, pp. 221- 254.

GÜIDI ALAS, M.E., *La prevaricación judicial en España y en el Derecho Comparado*, Ed. J.M.Bosch Editor, Barcelona, 2006..

HAVA GARCÍA. E., “La prevaricación judicial”, en Álvarez García (dir.). *El Tratado de derecho penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, 2013, pp.811-846.

MADRID CRUZ, M. D., “Identidades, política y resistencia en prisión”, en Oliver Olmo y Cubero Izquierdo (Coord.), *De los controles disciplinarios a los controles securitarios* Ed. Universidad de Castilla-La Mancha, pp. 599- 720.

MIR PUIG, S., “Significado y alcance de la imputación objetiva en derecho penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 5, 2003, pp. 7-8. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=759115> [fecha última consulta: 13/05/2022].

MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 5ª Edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 1998.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte general*, 2ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 21ª Edición, Ed. Tirant lo Blach, Valencia, 2017.

NUÑEZ PAZ, M. A., “Omisión impropia y Derecho Penal (Acerca del artículo 11 del Código Penal)”, en *Revista Penal*, nº20, julio 2007, pp. 141- 154. Disponible en

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2313268> [fecha de última consulta: 13/05/2022].

PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Los problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial*, Ed. Centro de estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2007.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *El Derecho penal español. Parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España*, Ed. Aranzadi, SA, Pamplona, 1998.

RAMOS TAPIA, M. I., “Delito de acción. La tipicidad”, Moreno-torres Herrera (Dir.) *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 121-136.

RAMOS TAPIA, M.I., *El delito de prevaricación judicial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 362-365.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Delito, pena y constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pp. 311-329. Disponible en [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3058/14273\\_8RJ310.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3058/14273_8RJ310.pdf?sequence=1) [fecha última consulta: 13/05/2022].

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., *Dolo e imprudencia en el Código Penal Español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SUAY HERNÁNDEZ, B. C., *Los elementos normativos y el error*, pp. 98-141. Disponible en: <https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/07/13.4.2suayhernandez-elementosnormativos.pdf> [fecha última consulta: 21/05/2022]

TORIO LOPEZ, A., “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol.39, nº 1, pp. 33 - 48. Dispone en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46279> [fecha última consulta: 12/05/2022].

## **VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS**

### **1. TRIBUNAL SUPREMO**

- STS 741/2021, de 4 de octubre (ponente: Sr. LLarena Conde).
- STS 438/2018, de 3 de octubre (ponente: Sr. Menendez de Luarca).
- STS 771/2015, de 2 de diciembre (ponente: Sr. Menéndez de Luarca).
- STS de 228/2015, de 21 de abril (ponente: Sr. Martínez Arrieta).
- STS 79/2012, de 9 de febrero (ponente: Sr. Menéndez de Luarca).
- STS 308/2009, de 23 de marzo (ponente: Sr. Delgado García).
- STS 1031/2002, de 30 de mayo (ponente: Sr. Jiménez Villarejo).
- Auto TS 14 de mayo 2002 (ponente: Sr. Sanchez Melgar).
- STS 647/2002, de 16 de abril (ponente: Sr. Abad Fernandez).
- STS 359/2002 de 26 de febrero (ponente: Sr. Granados Pérez).
- STS 2338/2001, de 11 de diciembre (ponente: Sr. Giménez García).
- STS 2/1999, de 15 de octubre (ponente: Sr. García Arcos).
- STS 539/1997, de 23 de abril (ponente: Sr. Conde- Pumpido Tourón).
- STS 172/1993, de 8 de febrero (ponente: Sr. Martínez-pereda Rodríguez).
- STS de 4 de julio 1996, Sala de lo Penal (ponente: Sr. Delgado García).

### **2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

- STC 127/1990, de 5 de julio (ponente: Sr. García- Mon y González Regueral).

### **3. AUDIENCIA NACIONAL**

- STAN, Sección 2ª, 20/2020, de 25 de noviembre (Caso Gürtel) (ponente: Sra. García Pérez).

#### **4. AUDIENCIAS PROVINCIALES:**

- SSAP, Lleida, Sección 1ª, 414/2017 de 1 de septiembre (ponente: Sr. García Navascués).

#### **5. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA**

- Auto TSJ de Madrid, Sección 1ª, 40/2021, de 1 de junio (ponente: Sr. Santos Vijande).
- STSJ de Madrid, Sección 1ª, 68/2020, de 15 de diciembre (ponente: Sr. Suárez Leóz).
- STSJ Aragón, Sección 1ª, 3/2019, de 26 de noviembre (ponente: Sr. Samanes Ara).
- STSJ, Cataluña, Sección 1ª, 105/2019, de 28 de octubre (ponente: Sr. Ramos Rubio).
- STSJ, Madrid, Sección 1ª, 7/2019, de 5 de febrero (ponente: Sr. Santos Vijande).
- Auto del STSJ de Cataluña, Sección 1ª, 79/2018, de 19 de julio (ponente: Sr. Ramos Rubio).
- STSJ de Madrid, Sección 1ª, 37/2018, de 17 de mayo (ponente: Santos Vilanje).
- STSJ de Andalucía, Granada, Sección 1ª, de 10/2008, de 7 de agosto (ponente: Sra. Montalbán Huertas).
- STSJ de Andalucía, Granada 1/2005, de 28 de enero (ponente: Sr. Méndez de Augusto y López de Alaya).
- Auto TSJ de Cataluña, sección 1ª, de 16 de septiembre de 2007 (ponente: Sr. Ramos Rubio).

- STSJ de Cataluña, Sección única, 9/2003, de 27 de marzo (ponente: Sr Vidal Andreu).