

GLOSSAE

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Honorary Chief Editor

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

Chief Editor

Aniceto Masferrer, University of Valencia

Assistant Chief Editors

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

Editorial Board

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Fernando Hernández Fradejas, University of Valladolid

Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; María José Bravo Bosch, University of Vigo; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusíada; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; Orazio Licandro, University of Catania; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellart, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Leyre Sáenz de Pipaón del Rosal, “La prevaricación y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (1870-1978)”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 21 (2024), pp. 200-251 (available at <http://www.glossae.eu>)

La prevaricación y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (1870-1978)

Prevarication and the jurisprudential doctrine of the Supreme Court (1870-1978)

Leyre Sáenz de Pipaón del Rosal
CUNEF Universidad

ORCID ID: 0000-0001-7848-3215

Fecha de recepción: 12.01.2014

Fecha de aceptación: 25.03.2024

Resumen

La prevaricación es uno de los delitos más consolidados en la historia de nuestra legislación penal, pero - como hemos podido constatar- sin un recorrido histórico considerable en nuestra doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. Se trata, no obstante, de una figura penal destacada por cuanto que hablamos de delitos con un destinatario fijo: el funcionario público. Y de ahí, precisamente, que debemos poner de relieve su significación, pues las conductas criminalizadas al respecto afectarían a la esencia del servicio público, a partir del dictado de una resolución injusta. Así, presentamos la evolución histórica, los elementos y bien jurídico protegido en la prevaricación administrativa y en la judicial, para a continuación ahondar en toda la jurisprudencia recogida durante el periodo que comprende nuestra investigación (1870-1978), plasmando, finalmente, los resultados obtenidos.

Palabras clave

Prevaricación administrativa, prevaricación judicial, funcionarios públicos, jurisprudencia penal, Tribunal Supremo

Abstract

Prevarication is one of the most consolidated crimes in the history of our criminal legislation, but -as we have been able to verify- without a considerable historical trajectory in our jurisprudential doctrine of the Supreme Court. It is, however, a notable criminal figure since we are talking about crimes with a fixed addressee: the public official. And hence, precisely, we must highlight its significance, since the criminalized conducts would affect the essence of the public service, from the issuance of an unjust resolution. Thus, we present the historical evolution, the elements and the protected legal right in administrative and judicial prevarication, to then delve into all the jurisprudence collected during the period covered by our research (1870-1978), finally, reflecting the results obtained.

Keywords

Administrative prevarication, judicial prevarication, civil servant, criminal jurisprudence, Supreme Court

Sumario: 1. Introducción. 2. Evolución histórica. 3. La prevaricación de funcionario público: elementos y bien jurídico protegido 4. La prevaricación judicial: elementos y bien jurídico protegido 5. La prevaricación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Teniendo la disciplina penal un componente claramente histórico, como ya hemos evidenciado en ocasiones anteriores¹, se trata de poder hacer frente a una serie de problemas que afectan a un momento o a una etapa histórica determinada. Del mismo modo que los factores antropológicos, éticos y políticos imperantes en la sociedad de cada momento inciden en el delito que se quiera examinar, y en este caso, nos proponemos hacerlo con el delito de prevaricación². Así pues, el mismo delito llevado a cabo hoy cambia por completo si se acomete años después.

Lo anterior implica que en la Parte especial no se pueda contemplar un único panorama y aún menos con un objetivo de permanencia, pues -efectivamente- el Derecho penal varía constantemente. En todo caso, debe primar la atención al bien jurídico protegido (valor de máxima importancia), que constituye el fundamento de nuestra disciplina penal.

Partimos, pues, para esta investigación de una hipótesis que consiste en examinar la jurisprudencia penal en el ámbito de los delitos de prevaricación, considerando la doctrina emanada del Tribunal Supremo, así como su posible aportación en cuanto a la interpretación de las leyes se refiere.

Hemos recurrido, para la obtención de resultados y conclusiones, a la lectura y análisis de una pluralidad de sentencias, acudiendo a la magnífica y siempre útil base de datos del CENDOJ³. En concreto, hemos obtenido 369 resultados de sentencias que responden a la voz “prevaricación”, en el periodo histórico que comprende de 1870 a 1978. Igualmente, hemos recogido los Códigos penales y fuentes normativas de cada época, atendiendo al contexto social, político e ideológico de cada periodo.

Esta investigación, presenta -en primer lugar- un repaso histórico a la evolución de los delitos de prevaricación en nuestra legislación penal, para pasar a continuación a analizar los elementos y el bien jurídico protegido en la prevaricación administrativa y en la judicial, dando a cada uno de ellos su espacio para poder diseccionar las particularidades que presenta cada modalidad. Por último, se analiza en detalle la prevaricación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, durante los años en los que se enmarca nuestra investigación: 1870 a 1978.

* El presente estudio ha sido llevado a cabo en el marco del Proyecto “Tradición e influencias extranjeras en la Codificación penal española: contribución de la jurisprudencia en la evolución de la Parte Especial (1870-1995)” (PID2019-105871GB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

¹ Recientemente, en “Delitos de lesiones y la contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1972), *La jurisprudencia penal en España (1870-1978). Contribución del Tribunal Supremo al proceso configurador de los delitos*, Aniceto Masferrer (ed.), Cizur Menor, Aranzadi, 2023, pp. 403-459. Igualmente, en “El engaño bastante en el delito de estafa y su evolución en la codificación y jurisprudencia del Tribunal Supremo (1870-1978)”, *La jurisprudencia del Tribunal Supremo como fuente del Derecho penal (1870-1995)*, José Sánchez-Arcilla Bernal (coord.), Tomo II, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 149-188.

² Prevaricar es un “término que proviene del latín *varicare*, andar torcido, y que, entendida como grave ‘torcimiento del Derecho’ por parte de un cargo público, constituye un delito que con unas u otras particularidades está previsto en todos los ordenamientos de nuestro ámbito de cultura”. Ruiz Miguel, A., “Vigilantes y vigilados: prevaricación judicial y normas sin sanción (A propósito de un caso), *Jueces para la Democracia*, núm. 81, 2014, p. 98.

³ Base de datos del CENDOJ – Poder Judicial. Búsqueda (principal): “prevaricación”, 369 sentencias. <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Así las cosas, al hablar de delitos contra la Administración pública, la primera idea que se plantea es el de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, porque el servicio público, al fin y al cabo, tiene que efectuarse de acuerdo con una serie de garantías y de acuerdo con una serie de normas, protegiendo ambas disciplinas intereses colectivos⁴.

Pues bien, si el servicio público no se presta de acuerdo con el derecho, existe el llamado Derecho administrativo sancionador (sistema de sanciones) o derecho disciplinario (sanción administrativa), para castigar aquellos casos en los que el servicio público no se presta correctamente y, además, tendríamos el Derecho penal, que ejerce el *ius puniendi*: castiga determinados comportamientos, correspondiéndole la aplicación de las penas.

Con frecuencia, las infracciones administrativas son también conductas delictivas - o se castigan también como tales-, con lo cual, llegado el caso, habrá que dilucidar qué hay que aplicar, si el Derecho administrativo sancionador -derecho disciplinario- o el Derecho penal. Hay, pues, una superposición de prohibiciones disciplinarias y prohibiciones penales que coinciden en la materia prohibida, surgiendo el problema, por lo tanto, de la simultaneidad de sanciones. Y en los dos casos, estando vigente el principio de legalidad, como no podía ser de otra manera, ¿dónde está, pues, la separación entre uno y otro?

“Precisamente la compatibilidad entre sanciones penales y administrativas es aceptada por la jurisprudencia con un fuerte apoyo en la doctrina, cuando se trata de aplicarlas a las llamadas ‘relaciones de supremacía especial’, en las que se encuentran los funcionarios públicos respecto de la Administración. Con ello queda sustraída esta materia del principio constitucional de prohibición del *ne bis in idem*⁵. Solución para muchos insatisfactoria”⁶.

La segunda idea a considerar es cómo hay que abordar desde el punto de vista del Derecho penal los delitos cometidos por los funcionarios: una forma sería agrupando en

⁴ González Cussac, J. L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 12: “La irrupción de la Constitución de 1978 ha originado un sustancial cambio en los ordenamientos penal y administrativo. Y como todo cambio ha comportado un período de adaptaciones en muchos casos sumamente complicado. Pero además, estos cambios no se hallan todavía cerrados, bien porque restan nuevas modificaciones legales, o bien porque todavía han de ajustarse mediante una tarea interpretativa todavía hoy incipiente. Buena muestra de lo que se dice se encuentra en la actividad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, donde Derecho Penal y Derecho Administrativo continúan buscando soluciones al ya clásico problema, pero hoy multiplicado, de compatibilizar racionalmente el ilícito penal e ilícito administrativo”.

⁵ González Cussac, *El delito...*, pp. 31-32: “La vigencia del principio *ne bis in idem* ha sido reiteradamente proclamada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y también por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En su vertiente material se extrae de los principios de legalidad y tipicidad (art. 25 CE), e impide la duplicidad de sanciones en los casos que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento. Su ámbito de aplicación se ha extendido también a las relaciones entre sanciones penales y administrativas. Sin embargo, se exceptúan de éstas y en consecuencia de la vigencia del principio, las ‘relaciones especiales de supremacía’, pues suponen una naturaleza cualitativa distinta a la de los delitos. De modo, que al no darse identidad de fundamento está perfectamente legitimada la imposición de ambos castigos. Por tanto, según la jurisprudencia mayoritaria cabrá aplicar, junto a la pena correspondiente por el delito de prevaricación de funcionario, la oportuna sanción disciplinaria. Y esta doctrina se justifica porque responden a distintos fundamentos”.

⁶ González Cussac, *El delito...*, p. 12.

un solo título los delitos llamados de funcionarios⁷ (delitos cuyo destinatario sea el funcionario); o bien, al hilo de la incriminación de las distintas familias delictivas, incluir en cada una de ellas una modalidad agravada cuando el autor sea funcionario público.

De estas dos formas descritas, se plantea, pues, el Derecho penal, la criminalización de los comportamientos lesivos para el buen funcionamiento de la Administración pública.

En cuanto al bien jurídico protegido, para distinguir el injusto administrativo del injusto penal, no bastaría con que el servicio público se resienta porque el comportamiento afecte a la eficacia de la prestación del mismo. La vulneración administrativa puede quedarse en la protección de la buena marcha en la prestación del servicio público, pero cuando hablamos de delito estamos hablando de algo que conlleva más trascendencia, la infracción -a efectos penales- tiene que ir más lejos: así, hablaríamos de la propia esencia del servicio público.

Se distingue, entonces, entre el funcionamiento del servicio público -cuando está perturbado por la actuación de alguien y surge el derecho disciplinario sancionador- y la propia naturaleza del servicio público. Aquí, pues, intervendría el Derecho Penal.

Por lo tanto, podríamos decir que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración pública, pero con un pequeño matiz: como el Derecho administrativo sancionador también protege el buen desempeño de la Administración pública, la diferencia habría de estar en la intensidad y además, en cuanto a la naturaleza de la infracción.

En definitiva, el buen funcionamiento del servicio público en la infracción administrativa y la esencia del servicio público en el Derecho penal como bien jurídico protegido.

Por otro lado, con respecto a los elementos del delito de prevaricación, la utilización de la expresión “a sabiendas”, resulta uno de los elementos nucleares: el Código utiliza en algunas ocasiones expresiones que hacen referencia a elementos emocionales concurrentes en el sujeto. Así, en las conductas típicas de prevaricación hace uso del término “a sabiendas”, que quiere decir; intencionadamente, maliciosamente, dolosamente, con conocimiento y voluntad consciente.

Además, la resolución, para ser prevaricadora, tiene que ser arbitraria. El funcionario tiene un poder, una facultad de discrecionalidad, pero esta hay que diferenciarla de la arbitrariedad, que es un vicio que la Constitución prohíbe expresamente en el artículo 9.3⁸: la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Señalando,

⁷ García Arán, M., *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 24: “De esta forma, si lo que, en primer lugar, aparece como criterio sistemático de agrupación de delitos en este título es la referencia a determinados sujetos (los funcionarios en el ejercicio de sus cargos), cabría criticarle precisamente que, desde ese punto de vista, 'ni son todos los que están, ni están todos los que son'. Este único dato constituye un indicio de que la utilización del criterio de la agrupación de delitos en función del sujeto activo, sin mayores precisiones, resulta escasamente fructífera, puesto que, en todo caso, de ser el criterio subjetivo el determinante de la agrupación, 'algo' deberían tener en común tales sujetos como para justificar la ordenación de varios delitos cometidos por ellos en un título del CP”.

⁸ Constitución Española (CE). BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978. Art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la

además, el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. Por lo tanto, la interdicción de la arbitrariedad tenemos que conectarla con ambos principios elementales.

Así pues, elementos nucleares de la prevaricación: la arbitrariedad y a sabiendas de su injusticia. Desde este punto de vista, el delito de prevaricación si se invoca tendrá que ir siempre referido al derecho que no sea respetado. ¿Por qué prevaricación? Porque ha adoptado una resolución arbitraria, y ¿arbitraria, por qué? Porque lo hace a sabiendas de su injusticia con referencia a lo establecido en alguna disposición.

A nosotros nos parece, por tanto, que el delito de prevaricación tiene que ir siempre vinculado a algún precepto concreto de cuyo incumplimiento se infiere la injusticia: el ataque al derecho que implica la resolución prevaricadora.

Otro aspecto de interés en los delitos que nos ocupan serían los problemas conectados con la teoría de la participación delictiva: estamos viendo a un particular responsable de un delito de funcionario, luego se le está, a través de este tipo penal, extendiendo al particular la condición de funcionario público. De esta manera, el particular no responde como tal, sino que responde como funcionario público.

Hablamos, entonces, de la comunicabilidad de la calificación, de la unidad de título de imputación: la especial cualidad del funcionario que concurre en alguno de los partícipes se transmite también a los otros, aunque sean particulares, respondiendo todos del mismo título de imputación, en este caso, del delito de prevaricación. Se trata de una ampliación del tipo derivada de una penalidad -claramente- defensiva.

En definitiva, si en ese complejo de comportamientos intervienen un funcionario y un particular y los dos responden de lo mismo, no sería ya un problema de participación, que aquí aparece reconvertido en un problema de calificación de dos delitos distintos: de uno responde el particular y del otro responde el funcionario. En realidad, no hubiese hecho falta recurrir a ese doble tipo, en uno solo se hubiese podido describir el comportamiento referido a un funcionario que facilita y el particular que lo utiliza, y de este modo se hubiese visto claramente la incriminación del particular como funcionario. Esa es nuestra posición.

Suscitadas estas cuestiones generales y fundamentales acerca de los llamados delitos de prevaricación que iremos desgranando a lo largo de nuestra investigación, cabe preguntarse:

¿Cómo se ocupa el Derecho penal de proteger la esencia (naturaleza) del Derecho administrativo? Primero: atendiendo al bien jurídico protegido; o, segundo: atendiendo al destinatario del delito, en función de quién sea su autor. En la actualidad, existe, sin duda, un paralelismo entre los apartados del Código penal⁹ que recogen las conductas prevaricadoras: el capítulo primero del Título XIX¹⁰: “Delitos contra la Administración

irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP). BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995.

¹⁰ Capítulo I. De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos. Arts. 404 a 406.

pública” y el capítulo primero del Título XX¹¹: “Delitos contra la Administración de Justicia”, depurándose por la vía penal comportamientos que afecten al servicio público, siendo la Administración sinónimo de Estado. La prevaricación administrativa, en la Administración pública, es poder ejecutivo y la prevaricación judicial, en Administración de Justicia, es poder judicial, si bien, en ambos casos, el sentido es el mismo: prevaricar consiste en dictar una resolución injusta.

En relación a la ubicación de los delitos en el Código penal, señala Octavio de Toledo que:

“El interés que suscitan a los intérpretes y aplicadores del Derecho las rúbricas empleadas por la ley penal en los títulos y capítulos de que se suele componer o, planteado de otro modo, el objetivo que han de perseguir tales epígrafes es, en el mejor de los casos, determinar con ellos o, al menos, servir de ayuda para averiguar a través de ellos el bien jurídico que, con las incriminaciones agrupadas bajo su dicción, la ley intenta proteger. En el peor de los casos, las rúbricas de títulos y capítulos deben servir bien para expresar el criterio de agrupación observado por la ley, que a veces se identificará con el llamado ‘bien jurídico de la categoría’ o bien jurídico genérico del conjunto de las incriminaciones situadas en el título o capítulo correspondiente, o bien, siquiera, para describir sucintamente la caracterización común de las conductas incluidas en ellos”¹².

Ahora bien, tal y como también recoge el mismo autor:

“Sin pecar de exageración ni de generalización excesiva, creo que puede afirmarse que, tradicionalmente, el legislador español no suele alcanzar adecuadamente esos objetivos. En cualquier caso, en relación con lo que más importa, esto es, con la averiguación del bien jurídico amparado por las normas penales incriminatorias, lo determinante es lo que el procedimiento hermenéutico aplicado a cada una de esas normas permita concluir sobre el objeto de protección. En este contexto, las rúbricas de títulos y capítulos no son más que una pieza de esa averiguación: ni concluyentes en sí, por tanto, ni, tampoco, ordinariamente prescindibles; aunque, en ocasiones, cumplen uno u otro de estos dos papeles”¹³.

Coincidimos, en cualquier caso, con las manifestaciones expuestas por dicho autor. En cuanto al delito que nos ocupa:

“Es de señalar que el término prevaricación no se emplea en las distintas descripciones típicas, que no aluden, como ha destacado la doctrina, al funcionario que ‘prevaricase’, y de cuyo casuismo no es fácil obtener una definición genérica, sin que puedan comprenderse todos los supuestos en la que de prevaricar ofrece el Diccionario de la Real Academia, como ‘delinquir los funcionarios públicos dictando o proponiendo a sabiendas o por ignorancia inexcusable resolución de manifiesta injusticia’¹⁴.

Del mismo modo, Muñoz Conde, señala que:

¹¹ Capítulo I. De la prevaricación. Arts. 446 a 449.

¹² Octavio de Toledo y Ubieto, E., “El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos en el Código Penal de 1995”, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal, Conferencias*, Sevilla, Junta de Andalucía. Consejería de Gobernación. Instituto Andaluz de Administración Pública, 1996, pp. 11-12.

¹³ Octavio de Toledo y Ubieto, “El Delito...”, p. 12.

¹⁴ Luzón Cuesta, J. M.^a, “Prevaricación”, *Enciclopedia Penal Básica*, D.-M. Luzón Peña (dir.), Granada, Comares, 2002, pp. 1025-1026.

“El mismo significado lingüístico de ‘prevaricación’ es excesivamente vago, por cuanto que sólo indica un quebrantamiento voluntario de las obligaciones contraídas que, en el fondo, se da en todos los delitos de funcionarios públicos”¹⁵.

Al respecto, también afirma Valeije Álvarez que:

“...esta clase de delitos reúne una extraña propiedad -la ambigüedad- que les posibilita escapar a los sólidos esquemas de la dogmática penal: sobre todo aquellos que guardan relación con los principios de seguridad y certeza jurídica. O tal vez aquella característica consista, como en su momento expusiera Casabó, en que, ‘si tras toda infracción criminal existe siempre una imagen del mundo, esto resulta particularmente notorio en los delitos de funcionarios, porque en ellos se reflejan tanto planteamientos políticos, entendidos del modo más elevado, como condicionamientos de política concreta’”¹⁶.

Así las cosas, es nuestra tarea, en estos momentos, tratar de dilucidar o dar respuesta a los temas que en estas líneas introductorias hemos expuesto, así como otras de interés, a través del análisis de la jurisprudencia hallada. Todo ello, a lo largo de un periodo histórico explorado que -cuanto menos- sorprenderá, dado el número exiguo de sentencias dictadas, así como la fundamentación poco profusa de las resoluciones.

En este sentido, Ramos Tapia¹⁷, señala que:

“Sería ingenuo concluir que la escasez de jurisprudencia sobre el delito de prevaricación judicial no se debe a la existencia de dichos obstáculos en la exigencia de responsabilidad penal sino a una conducta ejemplar de nuestros jueces y magistrados que en tan dilatado período tiempo no habrían dictado dolosa o imprudentemente más resoluciones injustas”¹⁸.

Ante este panorama, es precisa la reflexión:

“Nada nuevo bajo el sol, se dirá. De Quevedo a Voltaire, de von Kleist a Kafka, ya sabíamos de sobra la suerte que le puede caber al pobre individuo anónimo que pide justicia. Y que no es otra cosa de otros tiempos ni de lugares lejanos sino un mal generalizado en esta España nuestra lo tiene escrito y requeteescrito la tan buena pluma como cabeza de Alejandro Nieto, que lleva años predicando en el desierto el secreto de Polichinela de que la independencia y la responsabilidad de nuestro sistema de justicia son una leyenda mítica. Para demostrar que la responsabilidad judicial es ‘una ficción’, decía Nieto en un libro de 2004, ‘basta examinar las estadísticas. Cuando en ciento cincuenta años se ha condenado penalmente a cinco jueces de carrera y disciplinariamente, desde que se estableció el CGPJ

¹⁵ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, p. 974.

¹⁶ Valeije Álvarez, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *Cuadernos de Política Criminal* 62 (2017), p. 436.

¹⁷ “El recuento de las escasas sentencias del TS por prevaricación judicial de 1870 a 1997 fue realizado en la tesis doctoral de Ramos Tapia con el resultado de diez casos, solo tres de los cuales concernientes a jueces de carrera”. Ruiz Miguel, “Vigilantes...”, p. 114.

¹⁸ Ramos Tapia, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 30. La misma autora, citando a López de Haro y Almagro Nosete, nos dice que: “Ya entrado este siglo, López de Haro, al referirse a la responsabilidad judicial, decía que era ‘una de las mentiras convencionales de la civilización’. Más recientemente, Almagro Nosete, después de analizar la responsabilidad criminal de los jueces, concluye que ‘de todos modos, estos delitos son más bien reliquias históricas o piezas de adorno en los códigos penales, que cumplen en todo caso una función de catarsis social pues estas conductas, en sus formas más graves, son realmente difíciles de que se puedan producir en la práctica y más complejo aún que puedan probarse”. Ramos Tapia, *El delito...*, p. 71.

hace veinticinco años, se han impuesto sanciones graves a menos de media docena, no puede afirmarse seriamente que el sistema represivo funciona”¹⁹.

2. Evolución histórica

Etimológicamente, “la palabra prevaricación²⁰ se deriva de la conjunción latina *prae* y *varicare* (*praevaricationis* y *praevaricari*), con las siguientes significaciones: *prae*, por causa de; *varus* o *varius*: patituerto, de rodillas vuelta hacia dentro y pies hacia fuera, opuesto, contrario; *varus* -verquert, *varicare*, *verqueren* -: obligar a ir, vacilar, desviarse del camino recto, del deber recto y *varicare*: *piernas separadas*, ir con las piernas separadas”²¹.

En sentido gramatical, significa: “la falta, a sabiendas o voluntariamente de la obligación de la autoridad o cargo que desempeñe, quebrantando la fe, palabra, religión o fundamento, sea cualquiera el motivo o causa”²².

“La prevaricación es, pues, la conculcación de la ley a sabiendas, maliciosamente o por ignorancia inexcusable y el calificativo de *prevaricador*²³ desde antaño estuvo referido sólo a los abogados”²⁴.

En su recorrido histórico²⁵, “puede aceptarse con Octavio de Toledo que el origen actual de los delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos se remonta al proceso codificador, donde éstos se desgajan de los delitos de ‘lesa Majestad’²⁶, representando los primeros un ataque a las actividades o funciones del Estado, mientras que los segundos

¹⁹ Ruiz Miguel, “Vigilantes...”, pp. 97-98.

²⁰ Güidi Clas, E. M., *La prevaricación Judicial en España y en el Derecho comparado*, Barcelona, Bosch, 2006, p. 61: “Horacio (Sátira III) se refería a dicha palabra como *distortis cruribus*, es decir, *piernas encorvadas*. Etimológicamente significa andar muy torcido, muy oblicuo o desviándose mucho de la línea recta”. Asimismo, señala González Cussac: “Como ya apuntara Quintano Ripollés, la etimología de la palabra prevaricar, equivale a ‘andar torcidamente’. Aunque gramaticalmente se precisa algo más, como incumplimiento o falta de un deber profesional, tenía razón Pacheco cuando advertía que no toda infracción de una obligación profesional constituye a efectos penales una prevaricación” (González Cussac, J. L., “Prevaricación”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, B. Pellisé Prats dir., Barcelona, Editorial Francisco Seix, S. L., 1993, p. 455).

²¹ Güidi Clas, *La prevaricación...*, p. 61.

²² Güidi Clas, *La prevaricación...*, p. 62.

²³ “Respecto al Derecho Penal español siempre reputó *prevaricador* no sólo al juez o magistrado, sino al funcionario, abogado o procurador e incluyó siempre la prevaricación en el Título dedicado a los delitos cometidos por los funcionarios públicos, con excepción del Código Penal vigente”. Güidi Clas, *La prevaricación...*, p. 65.

²⁴ Güidi Clas, *La prevaricación...*, p. 63.

²⁵ “Antes de la Codificación penal española del siglo XIX, puede encontrarse en nuestra tradición histórica (Fuero Juzgo, Fuero Real, Las Partidas y la Novísima Recopilación) precedentes de la sanción penal de los delitos cometidos por los funcionarios, entre ellos la prevaricación de los jueces. Estos delitos de los funcionarios no aparecen sistemáticamente singularizados en las leyes históricas sino dispersos y mezclados con otros delitos, como era propio de las leyes penales anteriores a la codificación”. Ramos Tapia, *El delito...*, p. 75.

²⁶ Ramos Tapia, *El delito...*, p. 31: “Así, mientras que en la Edad Media lo coherente con la consideración del juez como agente regio era la fundamentación de la prevaricación en la infidelidad al Rey y el daño causado a los súbditos, con el Estado Moderno, la consideración del Juez como funcionario hace que predomine el control disciplinario o por el ejecutivo y que la prevaricación judicial se configure como un delito de infracción del deber funcional, aunque se tuvieran en cuenta los perjuicios causados a los particulares, perspectiva que compartía con el resto de delitos de funcionarios públicos en el ejercicio del cargo, junto a los cuales se regulaba”.

se ordenan en otras zonas de los textos legales al conllevar además un ataque directo a la misma existencia del Estado o a las garantías individuales de los ciudadanos. El citado autor explica también de un modo convincente la polémica desatada desde el siglo anterior en torno a la configuración de la Administración como función o como persona, optando con razón por esta última alternativa, única posible en el marco de un Estado democrático de Derecho y a la vez consecuente con la protección otorgada por el Derecho Penal a los distintos poderes del Estado. Esta es también la tesis seguida mayoritariamente en la doctrina administrativista española²⁷.

Así las cosas, se puede determinar que, “la prevaricación constituye uno de los delitos más arraigados en la historia de nuestra legislación penal que aparece, si bien contornos cambiantes y a veces confusos, en todos los textos legales que han sido promulgados desde las primeras codificaciones llevadas a cabo en España”²⁸.

Igualmente, en la esfera internacional: “la propia Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 establecía en su artículo 31: ‘Los delitos de los mandatarios del pueblo y sus agentes no deben jamás quedar impunes. Nadie tiene el derecho de pretenderse más inviolable que los otros ciudadanos’”²⁹.

Por su parte, “en España³⁰ existía una gran preocupación por la comisión de los delitos de prevaricación y cohecho e incluso Azcárate propuso crear una Asociación encargada de hacer cumplir los artículos del Código penal referentes a los delitos de prevaricación y cohecho de los funcionarios judiciales y administrativos, según su opinión, era la *única medida capaz de acabar, en un determinado orden de cosas, con la perjudicial influencia del caciquismo* (artículo publicado en *El Liberal de Madrid* el 13 de agosto de 1916)”³¹.

Así, y en orden cronológico, en el Código penal de 1822³², los artículos 451 a 453³³, recogían la prevaricación de los funcionarios públicos, diferenciándolo de las conductas

²⁷ González Cussac, *El delito...*, p. 16.

²⁸ Hava García, E., *Los delitos de prevaricación*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2019, p. 20.

²⁹ Güidi Clas, *La prevaricación...*, p. 51.

³⁰ González Cussac, *El delito...*, pp. 37-38: “En la tradición española, nos encontramos en la obra de Pacheco bellas y contundentes argumentaciones a favor de castigar exclusivamente la forma dolosa. Después, cuando el Código Penal de 1870 extiende la punición a la imprudencia en este delito, Groizard matiza muy mucho el alcance de ésta. Y posteriormente, Quintano, vuelve a criticar con dureza la tipificación de la prevaricación culposa. Tampoco debe olvidarse el momento histórico en el que se introduce la modalidad culposa en la prevaricación, pues en ese instante, la responsabilidad de los funcionarios y el control jurisdiccional de los actos administrativos es mínimo por no decir inexistente. Por último, en el lenguaje coloquial y gramatical, como ya advertía Quintano, la palabra prevaricar equivale a ‘andar torcidamente’. Y desde luego no tuerce el Derecho quien se equivoca. Por eso no se le llama prevaricador, reservándose este término para los que abusan de su oficio”.

³¹ Güidi Clas, *La prevaricación...*, p. 52.

³² Código Penal Español (CP), decretado por las Cortes, en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, Madrid en la Imprenta Nacional, Año de 1822.

³³ Título VI. De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Capítulo Primero. De la prevaricación de los funcionarios públicos. Art. 451: “Son prevaricadores: Primero: los jueces de derecho o árbitros de la misma clase, que a sabiendas juzgan contra ley por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública o de tercero interesado. Segundo: los que del mismo modo proceden criminalmente contra alguna persona, o la complican en algún procedimiento criminal sabiendo que no lo merece. Tercero: los que a sabiendas y de la manera expresada en el párrafo primero dan consejo a alguno de los que litigan ante ellos con perjuicio de la parte contraria, o proceden de cualquiera otro modo contra las leyes, ya haciendo lo que prohíben, ya

de sobornos, cohechos y regalos que se hicieran a los que ejercían algún empleo o cargo público, ubicados en el mismo Título, pero distinto Capítulo³⁴.

Por su parte, el Código penal de 1848³⁵, contenía la prevaricación judicial y administrativa en el mismo Capítulo, aunque en diferente articulado. Todo ello en el Título VIII, con la rúbrica: “De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos”; artículos 269 a 275³⁶.

Lo que sí podemos apuntar como elemento diferenciador con respecto a la legislación anterior es que:

dejando de hacer lo que ordenan. Cuarto: los funcionarios públicos de cualquiera clase, que ejerciendo alguna autoridad, sea judicial o gubernativa, o alguna superioridad en su ramo respectivo, nieguen, rehúsen o retarden a sabiendas y del modo referido la administración de justicia, la protección, desagravio, u otro remedio que legalmente se les pida, o que la causa pública exija, siempre que deban y puedan ponerlo. Quinto: los que del mismo modo, y siendo requeridos en forma legal por alguna autoridad legítima, o por legítimo interesado, o advertidos por superior competente, rehúsen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependa de sus facultades para la administración de justicia, ejecución de las leyes, o cualquiera otro negocio del servicio público. Sexto: los que de la propia forma, y hallándose encargados por su empleo u oficio público de averiguar, perseguir o castigar los delitos, o de proceder contra los delincuentes, o de ayudar o cooperar de cualquier otro modo a la administración de la justicia o ejecución de las leyes, dejan de hacerlo, ya obrando contra el inocente, ya favoreciendo al culpado, ya faltando por otro estilo a su precisa obligación. Séptimo: los demás empleados y cualesquiera otros funcionarios públicos, que de alguna de las maneras sobredichas en el párrafo primero abusan a sabiendas de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona, o protegen, disimulan o toleran del mismo modo los delitos de subalternos o dependiente, o dejan de poner, sabiéndolo, el oportuno remedio para reprimirlos o castigarlos. Los prevaricadores perderán sus empleos, sueldos y honores, y no podrán obtener cargo alguno público. Si en la prevaricación cometieren otro delito a que esté señalada alguna pena, sufrirán esta igualmente”. Art. 452: “Los jueces de derecho o árbitros prevaricadores sufrirán, además de la pena descrita en el artículo anterior, la de ori públicamente su sentencia, y la de ser apercibidos con igual publicidad en el tribunal del pueblo donde hayan cometido el delito”. Art. 453: “Si el juez u otro funcionario público cometiere la prevaricación contra alguna persona en una causa criminal, sufrirá, además de lo prescrito en los dos artículos precedentes, igual tiempo de prisión, y la misma pena que injustamente hubiese hecho sufrir a aquella persona”.

³⁴ Título VI. De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Capítulo II. De los sobornos, cohechos y regalos que se hagan a los que ejercen algún empleo o cargo público. Arts. 454 a 462.

³⁵ Código Penal de 1848 (CP). Gaceta de Madrid, núm. 4937, de 19 de marzo de 1848. Boletín Ordinario.

³⁶ Capítulo I. Prevaricación. Art. 269: “El juez que a sabiendas dictare sentencia definitiva manifiestamente injusta, incurrirá: 1.º En la pena de inhabilitación perpetua absoluta si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal por delito, y además en la misma pena impuesta por la sentencia, si esta se hubiere ejecutado, y en la inferior en un grado a la señalada por la ley si la sentencia fuere inapelable y absolutoria en causa por delito grave. 2.º En la de inhabilitación perpetua especial en cualquier otro caso. Art. 270: “El empleado público que a sabiendas y con manifiesta injusticia dictare o consultare providencia o resolución en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación perpetua especial. Art. 271: “El empleado público que faltando a las obligaciones de su oficio, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación perpetua especial. Art. 272: “El juez que maliciosamente se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será castigado con la pena de suspensión. Esta disposición se entiende sin perjuicio de las contenidas en el art. 2º. En la misma pena incurrirá el juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia. Art. 273: “El abogado o procurador que con abuso malicioso de su oficio perjudicare a su cliente, o descubriere sus secretos, será castigado según la gravedad del perjuicio que causare, con las penas de suspensión a la de inhabilitación perpetua especial, y multa de 50 a 500 duros. Art. 274: “El abogado o procurador que habiendo llegado a tomar la defensa de una parte, defendiere después sin su consentimiento a la contraria en el mismo negocio, será castigado con las penas de inhabilitación especial temporal, y multa de 20 a 200 duros”. Art. 275: “Las disposiciones de este capítulo son aplicables en sus respectivos casos a los asesores, árbitros, arbitradores y peritos”.

“En el texto punitivo de 1848 se suprimen las referencias al móvil del sujeto prevaricador que se contenían en la legislación precedente (el ‘interés personal, por afecto, o desafecto...’), estableciendo con ello algunos de los pilares de la regulación de estas figuras delictivas que han llegado hasta nuestros días”³⁷.

Llegados al Código penal de 1870³⁸, se regulan los tipos delictivos de los empleados públicos³⁹ en el ejercicio de sus cargos en los artículos 361 a 372, en el Título VII, Capítulo Primero.

“La misma técnica *legiferante* puede observarse en el Código Penal de 1870, el cual regulaba conjuntamente en un mismo Capítulo todos los comportamientos considerados de prevaricación dentro del Título VII, denominado igual que su precedente de 1848. No obstante, el CP 1870 distinguía, por primera vez en nuestro sistema penal, las prevaricaciones dolosas (esto es, las realizadas ‘a sabiendas’) de las culposas⁴⁰ (es decir, las cometidas ‘por negligencia o ignorancia inexcusables’), ampliando con ello de forma considerable el ámbito tanto del delito de prevaricación judicial⁴¹ (artículos 361 a 368) como el de la prevaricación administrativa⁴² (artículos 369 y 370)”⁴³.

³⁷ Hava García, *Los delitos...*, p. 23.

³⁸ Ley provisional autorizando el planteamiento del Código penal reformado adjunto de 17 de junio de 1870. Gaceta de Madrid, núm. 243, de 31 de agosto de 1870, páginas 9 a 23.

³⁹ “De aquí que el Código Penal de 1870, en el capítulo XIII (‘Disposiciones generales’) del Título VII (‘De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos’), contenga el artículo 416 con la siguiente definición: ‘Para los efectos de este Título y de los anteriores del presente se reputará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular, o por nombramiento de la autoridad competente, participe del ejercicio de funciones públicas’. Fórmula que es la que, en lo esencial, se conserva hasta el Código actual”. Octavio de Toledo y Ubieta, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, Civitas, 1980, p. 142.

⁴⁰ “Expone Ramos Tapia que ya el CP 1822 contemplaba la sanción de esta conducta aunque sin llamar prevaricadores a sus autores, lo que reservaba a la comisión ‘a sabiendas’. El CP 1848 limitó el castigo de la prevaricación a la realizada a sabiendas y en sentencia manifiestamente injusta. Y el CP 1870 suprimió la exigencia de una injusticia manifiesta en la prevaricación ‘a sabiendas’ e introdujo el castigo del juez que por negligencia inexcusable o ignorancia inexcusable dictare en causa civil o criminal sentencia manifiestamente injusta. La fórmula del CP 1870 ha permanecido invariable hasta el CP 1995 si bien, en este, se ha sustituido negligencia inexcusable por imprudencia grave y ha extendido el ámbito objetivo a toda clase de resoluciones, no sólo las sentencias”. Toscano Tinoco, J. J., *Prevaricación Judicial: Injusticia, dolo e imprudencia*, Madrid, Dykinson, 2022, pp. 259-260.

⁴¹ Destacando las conductas típicas contenidas en los artículos siguientes: Art. 361: “El juez que, a sabiendas, dictare sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito incurrirá en la pena impuesta por la sentencia, si esta se hubiere ejecutado...”. Art. 362: “El juez que, a sabiendas, dictare sentencia injusta en contra del reo, cuando esta no hubiere llegado a ejecutarse,...”. Art. 363: “Si la sentencia injusta se dictare a sabiendas contra el reo en juicio sobre falta,...”. Art. 364: “El Juez que, a sabiendas, dictare sentencia injusta, en causa criminal a favor del reo...”. Art. 365: “El Juez que, a sabiendas, dictare sentencia injusta en causa civil,...”. Art. 366: “El Juez que, por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare en causa civil o criminal sentencia manifiestamente injusta, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación especial perpetua”. Art. 367: “El Juez que, a sabiendas, dictare providencia interlocutoria injusta incurrirá en la pena de suspensión”. Art. 368: “El Juez que se negare a juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, será castigado con la pena de suspensión. En la misma pena incurrirá el Juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia”.

⁴² Art. 369: “El funcionario público que, a sabiendas, dictare o consultare providencia o resolución injusta en negocio contencioso-administrativo, o meramente administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación perpetua especial. Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare o consultare, por negligencia o ignorancia inexcusables, providencia o resolución manifiestamente injusta en negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo”. Art. 370: “El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes, incurrirá en la pena de inhabilitación temporal especial en su grado máximo a inhabilitación perpetua especial”.

⁴³ Hava García, *Los delitos...*, pp. 23-24.

Por lo que respecta al Código penal de 1928⁴⁴, el Título V, contenía los llamados “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y otros análogos” y en concreto, en el Capítulo Primero⁴⁵, se ubicaba la prevaricación.

En esta época, se sigue manteniendo la ausencia de definición del término, a lo que se refiere -igualmente- Cuello Calón:

“Los comentaristas no han fijado el concepto jurídico de la prevaricación, tan sólo reproducen su noción vulgar tomándola del Diccionario de la lengua castellana, según el cual, *prevaricación* es ‘faltar alguno a sabiendas y voluntariamente a la obligación de la autoridad o cargo que desempeña, quebrantando la fe, la palabra, religión o juramento’⁴⁶.”

Asimismo, este Código, “distingue varias clases de prevaricación: 1º La cometida por jueces y magistrados⁴⁷; 2º la cometida por funcionarios públicos⁴⁸; 3º la cometida por

⁴⁴ Real decreto-ley aprobando el proyecto de Código Penal, que se inserta, y disponiendo empiece a regir como Ley del Reino el día 1º de Enero de 1929. Gaceta de Madrid, núm. 257, de 13 de septiembre de 1928, páginas 1450 a 1526; Güidi Clas, *La prevaricación...*, p. 58: “A pesar de que el Código Penal de 1928 creó un Título específico dedicado a los *Delitos contra la Administración de Justicia*, los diferentes tipos de prevaricación judicial siempre estuvieron ubicados en el Título de los *delitos cometidos por los funcionarios públicos*, y no se trasladan al mismo, hasta la publicación del Código penal de 1995, aunque en el Proyecto de Código Penal de 1980 y Anteproyecto de 1983 reclamaran su inclusión en el mismo”.

⁴⁵ Hava García, *Los delitos...*, p. 24: “El Capítulo Primero del Título V del CP 1928 (denominados igual que sus precedentes) contenía la regulación de ambas formas de prevaricación (la judicial y la administrativa), ofreciendo además una definición anti formalista de los sujetos activos de la primera modalidad en el artículo 424: ‘A los efectos de este Capítulo se considerarán Jueces o Magistrados, aunque no sean designados con tales denominaciones, los que como adjuntos o miembros del Tribunal que haya dictado la resolución punible, sean responsables de ésta’.

⁴⁶ Cuello Calón, E., *El Nuevo Código Penal Español*, Barcelona, Bosch, 1930, p. 295.

⁴⁷ Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 296: “En el Cód. de 1822 hállase previsto este delito (451) penándose también con un criterio talional cuando se da contra reo en causa criminal (art. 453); el Cód. de 1850 contiene preceptos casi idénticos a los del Código de 1870. Sujetos de este delito sólo pueden ser los jueces y magistrados. A los efectos de este artículo así como a los de los artículos 414 a 418 se consideran Jueces o Magistrados, aunque no sean designados con tales denominaciones los que como adjuntos o miembros del Tribunal que haya dictado la resolución punible sean responsables de ésta (art. 424)”.

⁴⁸ Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 306: “Son sujetos de este delito todos los funcionarios públicos que por razón de su cargo puedan dictar o consultar providencias o resoluciones. Todas las autoridades, todos los funcionarios, lo mismo los gobernadores que los alcaldes, los empleados que dependen de cualquier centro ministerial, que los que forman parte de la administración provincial o municipal, están, dice Groizard, aquí comprendidos. Compréndense aquí las personas que integran los tribunales provinciales contencioso-administrativos a quienes se refiere el art. 253 del Estatuto municipal”.

abogados y procuradores⁴⁹; 4º el delito, cometido por particulares, de recomendación a jueces, magistrados, autoridades⁵⁰ o funcionarios⁵¹.

En cuanto a la prevaricación llevada a cabo por jueces y magistrados, aquí también: “los móviles del delito son indiferentes, es igual que la sentencia injusta se dicte por odio, o por venganza, o que el juez, aun con conciencia de su injusticia, crea realizar una obra buena. Pero si el juez fue movido por dádiva o presente que hubiere recibido o le fuese prometido será culpable además del delito de cohecho (art. 468)”⁵².

Además, “los artículos 413 a 418 del Código Penal de 1928 sometieron igualmente a responsabilidad penal la conducta del Juez o Magistrado que actuase por negligencia o ignorancia inexcusable, precisando más los contornos de la prevaricación judicial culposa que su precedente al referirse a una ‘sentencia o resolución definitiva manifiestamente injusta’⁵³, y especificando que ‘se tendrán por inexcusables la negligencia y la ignorancia cuando, aunque sin malicia se hubiere dictado sentencia manifiestamente contraria a la ley, o se hubiere faltado a trámite o solemnidad mandados observar por la misma bajo pena de nulidad’⁵⁴.

En el artículo 418 del Código penal de 1928, se castigaba al juez o magistrado que se negare a juzgar⁵⁵ so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley⁵⁶.

“El hecho constitutivo de este delito está integrado por la negativa a juzgar so pretexto de que la ley es oscura o insuficiente, o de que no existe ley aplicable; pero

⁴⁹ Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 310: “Este delito está constituido por el hecho de perjudicar al cliente. *Perjudicar* equivale a causar un daño a éste en sus intereses materiales o morales; el perjuicio ha de ser realizado por el abogado o el procurador en el desempeño de su cargo y abuso de él, debe ser imputable a malicia, esto es a dolo, o a negligencia o ignorancia que no puedan excusarse”.

⁵⁰ Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 311: “Respecto de este precepto (art. 425) que carece de precedentes en nuestra legislación penal, decía el Ministro de Gracia y Justicia Sr. Ponte Escartín en la exposición que precede al Código penal: ‘Con el anhelo de extirpar otra vieja y censurable costumbre cual es la de intervenir en los asuntos pendientes de resolución judicial o administrativa, recomendando a las partes, más o menos desinteresadamente y con deseos que no siempre son los de que triunfe la justicia, sanciona el nuevo Código casos de recomendaciones punibles, castigando como responsables de delito a quienes recomienden a los Jueces, Magistrados, Autoridades o funcionarios públicos, algún acto o alguna omisión que, por su injusticia, constituya delito de prevaricación’. Por tanto, el particular o el funcionario público o la autoridad que recomiende a un magistrado que dicte sentencia injusta contra el reo o en su favor, o que dicte un auto o providencia injusta o que recomiende a un funcionario público que dicte resolución injusta en un negocio administrativo, todos ellos, aun cuando no consigan el efecto deseado serán responsables de este delito”.

⁵¹ Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 295.

⁵² Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 298.

⁵³ Art. 417: “El Juez o Magistrado que por negligencia o ignorancia inexcusables dictare en asunto civil, criminal o de cualquier otra clase sometidos a su jurisdicción, sentencia o resolución definitiva manifiestamente injusta, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año y de inhabilitación especial de cuatro años a veinte”.

⁵⁴ Hava García, *Los delitos...*, p. 24.

⁵⁵ “Nuestro antiguo derecho establecía severas penalidades contra los jueces que rehusaren administrar justicia (Fuero Juzgo, Lib. 2º, tít. 1º, ley 18; Fuero Real, Lib. 1º, tít. 7º, ley 8ª; Partidas, Partida 3ª, tít. 7º, ley 1ª); igualmente el Cód. de 1822 (art. 451, 4º) y el de 1850 (art. 272) castigan como prevaricadores a los culpables de estos hechos”. Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 304.

⁵⁶ Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 304: “Ya el Código civil (art. 6º) en su Título preliminar, que se refiere a todas las leyes, y por consiguiente a las penales, declara que el tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad. El juez, pues, tiene el deber de juzgar y fallar”. Igualmente, en Cuello Calón, *Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 334.

también cometerá este delito el juez que se niegue a juzgar sin pretexto alguno. El Cód. de 1850 (art. 272) tenía en su redacción una variante respecto del vigente (1928); decía: ‘el juez que *maliciosamente*, etc.’. El Código vigente (1928), como ya hizo el de 1870, ha suprimido esta expresión, pues, como dice Viada, debe presumirse que la negativa del juez es siempre voluntaria y maliciosa”⁵⁷.

Siguiendo con el Código penal de 1928, los artículos 419 y 420, contemplaban la prevaricación de los funcionarios, tratándose de:

“Una tipificación similar a la de su precedente, si bien se diferenciaban en dichos preceptos la modalidad dolosa de la culposa, y se limitaba la duración de las penas de inhabilitación especial a imponer un máximo de diez años, en el caso del dolo, o seis años, en los supuestos de imprudencia”⁵⁸.

En el Código penal de 1932⁵⁹, encontramos la prevaricación en el Capítulo Primero, artículos 356 y siguientes, del Título VIII, denominado “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”⁶⁰.

“El Código Penal de 1932 trató de adecuar la regulación penal a la Constitución republicana de 1931, lo que en realidad implicó un retorno al modelo punitivo anterior a la dictadura de Primo de Rivera, aunque con ciertas reformas. En la regulación penal de 1932, que se inspira claramente en la de 1870 y simplifica la de 1928, la prevaricación judicial continúa siendo, frente a la prevaricación administrativa, el delito tipificado con mayor detalle en el Capítulo I del Título VIII del Libro II”⁶¹.

Por otro lado, y en cuanto a los Códigos penales de 1944⁶² y 1973⁶³:

⁵⁷ Cuello Calón, *El Nuevo...*, pp. 304-305.

⁵⁸ Hava García, *Los delitos...*, p. 24.

⁵⁹ Ley de 27 de octubre de 1932 autorizando al Ministro de este Departamento para publicar como Ley el Código penal reformado, con arreglo a las bases establecidas en la Ley de 8 de septiembre del corriente año. Gaceta de Madrid, núm. 310, de 5 de noviembre de 1932, páginas 818 a 856.

⁶⁰ Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, p. 135: “Es preciso comprobar la veracidad de la extendida opinión doctrinal de que la rúbrica del Título VIII (‘De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos’) no supone un criterio clasificatorio guiado por el bien jurídico, sino basado en los sujetos; que tal rúbrica nada indica respecto al bien (o bienes) que se ataca (n) con la realización de las conductas descritas dentro del Título; que el Título comprende un conglomerado residual de delitos a los que no se ha visto encaje en otro lugar del Código (con lo que se implica la ausencia de un bien jurídico común al que referir todas estas normas); que los delitos que contiene se pueden clasificar en función de una serie de bienes jurídicos diferenciados, siendo el punto común no, pues, un bien jurídico, sino sólo la condición de funcionario; que la agrupación de estos delitos en el Título no responde a una comunidad de bien jurídico atacado: los bienes jurídicos sólo se utilizan para establecer formas agravadas, siendo simplemente la infracción del deber lo que dota de unidad a tales delitos; que, de una parte, pese a que parece querer abarcar todos los delitos de funcionarios, hay otros lugares del Código que también contemplan supuestos de comisión por funcionarios públicos y, de otra parte, no todos los tipos contenidos en el Título VII exigen un sujeto activo funcionario; que, por último, la agrupación está llamada a desaparecer”.

⁶¹ Hava García, *Los delitos...*, p. 25.

⁶² Decreto por el que se aprueba y promulga el “Código Penal, texto refundido de 1944”, según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944. BOE, núm. 13, de 13 de enero de 1945, páginas 427 a 472.

⁶³ Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. BOE, núm. 297, de 12 de diciembre de 1973, páginas 24.004 a 24.018.

“El Código Penal de 1944 mantuvo la regulación conjunta de la prevaricación⁶⁴ judicial y la de funcionarios en un mismo capítulo (el primero del Título VII del Libro II⁶⁵), sin grandes modificaciones, y su contenido pasa en términos prácticamente idénticos al Texto Refundido de 1973 (también en el Capítulo I del Título VII⁶⁶, denominados exactamente igual que sus precedentes⁶⁷). De este modo, los artículos 351 a 356 CP73⁶⁸ reproducían la regulación penal de la prevaricación judicial que ya se contenía en el texto punitivo de 1944 (con la única novedad de incluir la pena de multa para el Juez que, a sabiendas, dictare sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito, en aquellos casos en que dicha sentencia se hubiere ejecutado), al tiempo que la prevaricación de funcionarios públicos⁶⁹ (dolosa y culposa) se contemplaba en los mismos términos en el art. 358 CP73”⁷⁰.

De esta regulación del Código penal de 1973, tilda Octavio de Toledo de oscuridad la rúbrica del Título VII al no haber manifestado el legislador su intención de forma más clara⁷¹, concluyendo el citado autor que:

“En suma, estamos ante un Título que recoge los delitos contra la función pública, cometidos por aquellos que pueden atacarla desde dentro (quienes participan de su

⁶⁴ Continúa la falta de definición de la expresión: “El texto legal no ha fijado el concepto jurídico de la prevaricación. Según su aceptación común, con la que coincide la jurisprudencia, consiste en faltar maliciosamente a los deberes que impone el ejercicio de un cargo o profesión. El concepto jurídico de la prevaricación desde el punto de vista penal es diverso y más restringido. El Código distingue varias clases de prevaricación: A) La cometida por jueces. B) La cometida por funcionarios públicos. C) La realizada por abogados y procuradores”. Cuello Calón, E., *Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1961, p. 329.

⁶⁵ Título VII. De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Capítulo primero. De la prevaricación. Arts. 351 a 359.

⁶⁶ “El título que ahora nos ocupa ha sido frecuentemente criticado por la falta de referencia al bien jurídico que en él se protege, lo cual, por otra parte, en opinión de algunos autores, se corresponde con la ausencia de criterio sistemático en la agrupación de las conductas que en él se recogen. En este sentido, para Rodríguez Devesa se trata de un título residual en el que han quedado tipos sin otra colocación posible en el Código, mientras que, para Muñoz Conde, lo único que da cohesión al título VII es un ‘vago quebrantamiento de deberes profesionales o la pureza de la Administración Pública, poco indicativa, en realidad, de la naturaleza de estos delitos’”. García Arán, *La prevaricación...*, p. 23.

⁶⁷ Y coincidentes igualmente en la numeración del articulado: arts. 351 a 359.

⁶⁸ Art. 351: “El Juez que, a sabiendas, dictare sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito, incurrirá en la pena de prisión menor, si la sentencia no se hubiere ejecutado, y en la misma pena y multa de 5.000 a 50.000 pesetas si se hubiere ejecutado. En todo caso se le impondrá, además, la inhabilitación absoluta”. Art. 352: “Si la sentencia injusta se dictare a sabiendas contra el reo en juicio sobre faltas, las penas serán las de arresto mayor e inhabilitación especial”. Art. 353: “El Juez que, a sabiendas, dictare sentencia injusta en causa criminal a favor del reo, incurrirá en las penas de prisión menor e inhabilitación especial, si la causa fuere por delito, y en las de arresto mayor y suspensión, si fuere por falta”. Art. 354: “El Juez que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución definitiva injustas en asunto no criminal, incurrirá en las penas de arresto mayor e inhabilitación especial”. Art. 355: “El Juez que, por negligencia o ignorancia inexcusables, dictare sentencia manifiestamente injusta, incurrirá en la pena de inhabilitación especial”. Art. 356: “El Juez que, a sabiendas, dictare auto injusto incurrirá en la pena de suspensión”.

⁶⁹ Art. 358: “El funcionario público que, a sabiendas dictare resolución injusta en asunto administrativo, incurrirá en la pena de inhabilitación especial. Con la misma pena será castigado el funcionario público que dictare, por negligencia o ignorancia inexcusable, resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo”.

⁷⁰ Hava García, *Los delitos...*, p. 26.

⁷¹ Octavio de Toledo, *La prevaricación...*, p. 143: “Mas, hay que puntualizar que tal oscuridad no responde a un propósito legislativo de expresarse con una fórmula alambicada; más bien, pienso, ocurre todo lo contrario: que ha buscado una formulación simple, vulgar, perfectamente transparente en el momento de su aparición (1822) y aun inmediatamente después. La distancia y la superposición de modificaciones legislativas hacer perder la perspectiva de claridad sobre una fórmula más vulgar que técnica”.

ejercicio), precisamente cuando actúan desde el interior (cuando realizan esa participación)⁷².

Pues bien, con el Código penal de 1995, la prevaricación administrativa⁷³ y la prevaricación judicial⁷⁴ pasan a regularse en títulos distintos⁷⁵, operando así de forma

⁷² Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, p. 143.

⁷³ Morillas Cueva, L., “Reflexiones acerca del delito de prevaricación: desde su interpretación extensiva a su motivación reduccionista”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (R.E.D.S.)* 9 (2016), pp. 17-18: “El Código penal de 1995 cambia con cierta profundidad la sistemática y el contenido de los tipos antes enumerados. De esta manera se construye sobre un nuevo Título -XIX- con la denominación más amplia pero al mismo tiempo más unitaria y clarificadora de Delitos contra la Administración Pública, con lo que se le da un especial protagonismo protector, en clave de bien jurídico a dicha Administración, alejándose de esta manera, con buen criterio, de la vieja fórmula antes explicitada, con el objetivo, no en todos los casos conseguido, de dar respuestas a las exigencias constitucionales y a la comprensión y proclamación más moderna del Estado social y democrático de Derecho y a la propia Administración Pública, entendida en su desarrollo y estructura como derivación de este. Con tal perspectiva en el ámbito estrictamente penal, lleva a la protección concreta de un bien jurídico que bajo la cobertura genérica de la Administración Pública protege la actividad pública, su correcto desempeño, bajo los principios de imparcialidad y objetividad, en los diferentes servicios y prestaciones a dar a los ciudadanos, bajo las directrices constitucionales”.

⁷⁴ Bonmatí Ortega, P., “El tratamiento jurisprudencial de la prevaricación judicial”, *La Ley Penal* 55 (2008), 2008, p. 38: “Este cambio es significativo, ya que pone de manifiesto la concepción que el legislador tiene de la prevaricación y cuál es el bien jurídico protegido: en los Códigos anteriores, la condición funcional del sujeto activo primaba sobre la función ejercida por el Juez y se contemplaba al Juez más como funcionario que como titular del Poder Judicial. La Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 ya dijo en este sentido que el cambio tiene más calado que el meramente sistemático, al responder al reconocimiento constitucional del Poder Judicial como un poder del Estado y en consecuencia al muy distinto significado que tiene la prevaricación del funcionario de la del Juez, extremo que quedaba injustificadamente oscurecido en la anterior regulación, pues, siendo la prevaricación del funcionario y la del Juez conductas aparentemente parecidas, tienen un muy diferente significado, en paralelo al diferente puesto que ocupa en el Estado, un Juez o un funcionario”.

⁷⁵ Destacando dos factores principales de dicho cambio: “En primer lugar, la necesidad de destacar la mayor gravedad que reviste esta clase de conductas cuando son cometidas por Jueces y Magistrados, únicos funcionarios públicos que ejercen la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; en segundo lugar, la oportunidad de distinguir claramente los bienes jurídicos que resultan protegidos en las diferentes figuras de prevaricación, cuestión que no resulta baladí en un modelo de Estado que consagra, entre otras cosas, no solo la separación de los poderes judicial, ejecutivo y legislativo, sino también los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y al Juez ordinario predeterminado por la ley” (Hava García, *Los delitos...*, p. 25).

independiente⁷⁶. Lo más significativo en esta etapa fue la desaparición de la modalidad imprudente⁷⁷ de la prevaricación administrativa⁷⁸.

Al respecto, opina González Cussac que:

“El legislador de 1995⁷⁹ encontró como punto de partida, una confusa, desfasada y autoritaria regulación de esta materia. Así, algunas conductas aparecían descritas de forma insuficiente; en otras había un exceso de intervención punitiva y hasta el concepto de funcionario público no se acomodaba ya a nuestra realidad constitucional”⁸⁰.

Pero, sin duda, añade el mismo autor que:

“Las mayores contradicciones surgían en sede de las consecuencias jurídicas. Así, un mismo hecho, si era realizado por particular podía resultar más gravemente castigado que si lo llevaba a cabo un funcionario en el ejercicio de su función. Este privilegio penológico⁸¹, resultaba a todas luces incompatible con nuestro modelo constitucional, e incluso con el más elemental sentido común”⁸².

⁷⁶ Ramos Tapia, *El delito de...*, p. 31: “En el Estado constitucional de Derecho, los principios de independencia y vinculación exclusiva al Derecho de los titulares del poder judicial implica que la prevaricación se fundamente en relación con la responsabilidad institucional del juez en la administración de justicia. De ahí la valoración doctrinal positiva del cambio de ubicación sistemática del delito realizada por el CP de 1995 que, por primera vez, sitúa a la prevaricación judicial entre los Delitos contra la Administración de Justicia (Título XX), completamente separado de los tradicionales delitos de funcionarios ahora regulados bajo la rúbrica de Delitos contra la Administración Pública en el Título XIX”.

⁷⁷ González Cussac, “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación”, *Cuadernos de Derecho Judicial* 30 (1996), pp. 34-35: “Tres razones fundamentales, además de la coherencia interna en relación a la exigencia del elemento subjetivo ‘arbitrariedad’, avalan esta despenalización. A saber: a) Gramaticalmente, ya decía Quintano, que prevaricar equivale a ‘Torcer el Derecho’ y no tuerce el Derecho, quien simplemente se equivoca, porque no abusa de su oficio. b) Históricamente, cuando el Código Penal de 1870 extendió la punición a la imprudencia, sí tenía una cierta explicación, porque no existía ninguna clase de responsabilidad disciplinaria de los funcionarios. Pero hoy en día esta situación ha cambiado radicalmente. c) Por último, el carácter fragmentario subsidiario del Derecho Penal aconseja, tanto por razones de gravedad como de oportunidad, abandonar la jurisdicción-contenciosa, la vigilancia y sanción de las conductas imprudentes. De este modo creo que además de una regulación más justa, se lograría otro buen criterio para diferenciar los ilícitos penales y los ilícitos administrativos (en el mismo sentido, recientemente Orts Berenguer y Morales Prats-Rodríguez Puerta)”.

⁷⁸ Hava García, *Los delitos...*, p. 27: “Supresión que en opinión de Octavio de Toledo carece de fundamento tanto dogmático como político-criminal, al menos por lo que a prevaricación por imprudencia grave se refiere. Acogió en cambio favorablemente dicha despenalización González Cussac, entendiéndolo que respondía a una opción político-criminal clara y razonable”.

⁷⁹ González Cussac, “La nueva...”, p. 14: “La nueva regulación contenida en el Código Penal de 1995, no se contrae a un nuevo cambio en la rúbrica del Título consagrado a aglutinar la mayoría de infracciones cometidas por los funcionarios públicos en el ejercicio de su función. De suerte, que la reforma no puede leerse desde una simple mutación de los antiguos ‘Delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos’, a la nueva de los ‘Delitos contra la Administración Pública’. Y no puede hacerse esta lectura tan superficial, porque más allá de ambos títulos, tanto en el viejo como en el nuevo Código Penal, había y hay otros delitos de funcionarios públicos. Y la transformación, como veremos, alcanza a todos ellos, y expresa a la vez una nueva y distinta concepción político-criminal de los mismos. Con otras palabras, la reforma de 1995 configura la responsabilidad penal de los funcionarios públicos de un modo completamente distinto, en consonancia con la posición que ostentan en un Estado de Derecho”.

⁸⁰ González Cussac, “La nueva...”, p. 14.

⁸¹ González Cussac, “La nueva...”, p. 15: “No es este el modelo de responsabilidad penal de los funcionarios en la Constitución de 1978. De modo que, el punto de partida fue eliminar los vestigios de un sistema autoritario, y convertirlo en otro, donde, la responsabilidad penal de los servidores públicos fuese acorde con la posición y función que le corresponde desempeñar en el marco de un Estado democrático”.

⁸² González Cussac, “La nueva...”, p. 14.

Si bien, se puede afirmar, tal y como indica Hava García, que:

“En cualquier caso, parece que el legislador penal de 1995 captó a la perfección cuáles eran las necesidades político criminales en materia de prevaricación administrativa y judicial, pues las más de treinta reformas que ya ha experimentado nuestro principal texto punitivo no han alterado de forma sustancial la redacción original de los preceptos que regulan estas figuras delictivas. Es más, tan solo la LO 1/2015, de 30 de marzo⁸³, incluyó algunas modificaciones en la regulación de los delitos de prevaricación, destinadas, por un lado, a aumentar la penalidad prevista para la prevaricación administrativa (en sintonía con la exacerbación sancionadora de la que hace gala esta reforma legal) y, por otro, a adecuar la redacción típica de la modalidad de la prevaricación judicial que antes hacía referencia a las faltas penales, sustituyendo tal término por una referencia a los delitos leves (en consonancia con la derogación del Libro III del CP que opera la misma reforma)”⁸⁴.

3. La prevaricación de funcionario público: elementos y bien jurídico protegido

La prevaricación de funcionario público es la llamada prevaricación administrativa, en donde, actualmente: “el art. 404⁸⁵ es el tipo residual de prevaricación, que se ve desplazado por aquellos otros que se refieren al mismo comportamiento en ámbitos determinados (vid., por ejemplo, arts. 320⁸⁶, 322⁸⁷ y 329⁸⁸ CP, dentro de los delitos contra la ordenación del territorio, el patrimonio histórico y la protección del medio ambiente,

⁸³ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 77, de 31 de marzo de 2015, páginas 27.061 a 27.176.

⁸⁴ Hava García, *Los delitos...*, pp. 28-29.

⁸⁵ Art. 404 CP 95: “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 nuevo a quince años”.

⁸⁶ Art. 320 CP 95: “1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente instrumentos de planeamiento, proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas de ordenación territorial o urbanística vigentes, o que con motivo de inspecciones haya silenciado la infracción de dichas normas o que haya omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de un año y seis meses a cuatro años y la de multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de la aprobación de los instrumentos de planeamiento, los proyectos de urbanización, parcelación, reparcelación, construcción o edificación o la concesión de las licencias a que se refiere el apartado anterior a sabiendas de su injusticia”.

⁸⁷ Art. 322 CP 95: “1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

⁸⁸ Art. 329 CP 95: “1. La autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen, o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio, será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses. 2. Con las mismas penas se castigará a la autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

respectivamente) o que consisten en conductas más concretas (como el art. 405⁸⁹ CP que castiga la propuesta o nombramiento para cargo público de persona que no reúne los requisitos, o el 408⁹⁰ CP, que sanciona la omisión dolosa de perseguir delitos)”⁹¹.

Bien jurídico protegido

En términos generales, y en cuanto al ámbito de los delitos contra la Administración pública⁹² se refiere:

“Tradicionalmente, las conductas típicas recogidas en el título VII del Libro II del CP bajo la rúbrica ‘De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos’⁹³ han padecido, desde el punto de vista interpretativo, las consecuencias de la indefinición de tal enunciado. Desde luego, cuando otros títulos aluden al bien jurídico protegido por los preceptos que acogen (contra las personas, contra la propiedad, contra la Administración de Justicia), el problema del bien jurídico que en ellos se protege no queda definitivamente solucionado, generalmente porque se trata de formulaciones vagas que hay que interpretar y contrastar en los diferentes tipos penales, pero, en todo caso, se proporciona un punto de partida que alumbra la posterior concreción del ámbito de lo protegido”⁹⁴.

Así, se puede afirmar que:

“Doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que el bien jurídico protegido que protegen los delitos del Título XIX del Libro II del CP (95) es el buen funcionamiento de la Administración pública⁹⁵, su capacidad para prestar servicios. Las figuras delictivas del

⁸⁹ Art. 405 CP 95: “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”.

⁹⁰ Art. 408 CP 95: “La autoridad o funcionario que faltando a la obligación de su cargo, dejare intencionadamente de promover la persecución de los delitos de que tenga noticia o de sus responsables, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

⁹¹ Ortiz de Urbina Gimeno, I., “Delitos contra la Administración pública”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, J.-M. Silva Sánchez (dir.), R. Ragués i Vallès (coord.), Barcelona, Atelier, 2023, p. 390.

⁹² Hava García, *Los delitos...*, p. 35: “Nadie duda en afirmar que en ellos se protege un bien jurídico colectivo o supraindividual, que se identifica o relaciona de algún modo con el funcionamiento de los órganos administrativos. Sin embargo, en la búsqueda del concreto objeto de tutela penal en los delitos de prevaricación cometidos por autoridades y funcionarios públicos, de poca ayuda sirven la mayoría de las tesis que, partiendo o no de la rúbrica del Título XIX (95), conciben un bien jurídico ‘generalista’, común a todos los delitos contra la Administración Pública, entre otras cosas porque restan, precisamente por su carácter generalista, virtualidad práctica a principios tales como el de intervención mínima y lesividad a la hora de perfilar contornos precisos a esta figura delictiva”.

⁹³ Hava García, *Los delitos...*, pp. 85-86: “Probablemente, éste constituye un buen ejemplo de cómo las rúbricas de las diferentes partes de un texto legal penal, en lugar de ayudar a la identificación de los bienes jurídicos protegidos, pueden dificultar la tarea, cuando no provocar graves desatinos, razón por la cual algunos autores consideraron que dicha rúbrica no añadía nada respecto al objeto de tutela penal, limitándose el Título VII a agrupar un conjunto de delitos con difícil encaje en otras partes del texto punitivo. Frente a lo anterior, otro sector doctrinal trató de identificar un bien jurídico común a esas modalidades delictivas: la protección de la función pública, entendida en un sentido amplio”.

⁹⁴ García Arán, *La prevaricación...*, p. 23.

⁹⁵ Ortiz de Urbina Gimeno, “Delitos...”, p. 388: “No se protege la Administración con mayúscula, esto es, como organización (ni su ‘prestigio’ o su ‘imagen’, como se lee en ocasiones: STS 302/2018, ponente Magro Servet), sino a la administración en sentido funcional, como instrumento al servicio de los ciudadanos”.

Título especifican facetas de este genérico interés, protegiendo las concretas cualidades que caracterizan el buen ejercicio de la actividad administrativa”⁹⁶.

González Cussac, por su parte, indica que el bien jurídico protegido:

“Sería, conforme a la doctrina española mayoritaria, el correcto ejercicio de la potestad administrativa como servicio público”⁹⁷. Por tanto, dicho con otras palabras, lo constituiría la función pública que los funcionarios han de ejercitar conforme al interés general según la legalidad existente”⁹⁸.

Citando a Vives Antón, señala también González Cussac que:

“Resulta innegable, como ha puesto de manifiesto Vives Antón, la existencia de unos rasgos comunes y esenciales a todos los delitos de los funcionarios públicos. Y esta esencia común no se encuentra en la violación del deber propio del cargo, tesis propia de Estados y concepciones autoritarias que conciben el deber y el servicio público como algo interno del aparato estatal, que para nada concierne a los ciudadanos. Esta esencia común, auténtico bien jurídico protegido en todas estas infracciones, ‘se halla representado por el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad’ (Vives Antón). En consecuencia se trata de un interés de todos y también de cada uno en particular; de un bien jurídico de naturaleza funcional, donde lo importante no estriba en la desobediencia o infidelidad del funcionario, sino en el quebrantamiento del servicio público correspondiente. Esta configuración del bien jurídico protegido se inscribe mejor en el marco de un Estado de Derecho”⁹⁹.

El concepto de autoridad y funcionario público¹⁰⁰

El Derecho penal goza de independencia en cuanto a la construcción de sus propios preceptos, seleccionando con autonomía los conceptos que toma de otras disciplinas¹⁰¹, transformando en buena parte de los casos el sentido que originalmente tienen, y así les otorga un alcance especial, distinto¹⁰².

⁹⁶ Ortiz de Urbina Gimeno, “Delitos...”, p. 387.

⁹⁷ Ampliando Hava García, *Los delitos...*, p. 37: “Si bien el interés jurídico genéricamente protegido en el delito de prevaricación administrativa es el correcto ejercicio de la función pública conforme a los parámetros constitucionales (en otras formulaciones, el correcto ejercicio de la potestad administrativa como servicio público o conforme al interés general), el bien jurídico tutelado más específicamente en este delito es el respeto del principio de legalidad en el ejercicio de las distintas funciones públicas, como principio esencial al que debe someterse la actividad administrativa en un Estado social y democrático de Derecho”.

⁹⁸ González Cussac, *El delito...*, p. 20.

⁹⁹ González Cussac, “Prevaricación”..., pp. 455-456.

¹⁰⁰ “Ya precisaba Pacheco el concepto de funcionario público como todo aquél que desempeña o ejerce funciones o cargos públicos, es decir, toda persona pública”. González Cussac, *El delito...*, p. 86.

¹⁰¹ Valeije Álvarez, “Reflexiones...”, p. 443: “Es, precisamente, por esta última razón, esto es, por la distorsión que causa el empleo de la voz ‘funcionario’ en un precepto penal -habida cuenta de la tendencia de identificar funcionario público con funcionario administrativo- por la que el legislador se siente impulsado a incluir en el Código Penal una norma interpretativa con el fin de romper la confusión que causa la utilización del mencionado término”.

¹⁰² Valeije Álvarez, “Reflexiones...”, p. 441: “En el lenguaje jurídico, a menudo el legislador utiliza una misma palabra dentro de distintas leyes y, aun dentro de una misma ley, con sentidos diferentes. Cuando así sucede decimos estar en presencia de términos equívocos. Tratándose de conceptos, también podemos apelar a una ‘relatividad de los conceptos jurídicos’, dado que un mismo concepto puede ser utilizado en contextos sistemática y teológicamente diferentes. Tal es el caso, por ejemplo, de conceptos como ‘propiedad’, ‘posesión’, ‘negligencia’, etc.”.

Ocurre, de este modo, en relación a la noción de autoridad¹⁰³ o funcionario público¹⁰⁴. El legislador dota al concepto de una independencia propia penal, haciendo suya a los efectos penales tal definición¹⁰⁵.

Así es, que:

“Hasta la fecha, doctrina y jurisprudencia, unánimemente, han proclamado la autonomía e independencia del concepto penal de funcionario público¹⁰⁶ frente a otros conceptos que sobre el mismo se manejan en otras ramas del Ordenamiento Jurídico español (Fiscal, Laboral, Civil...), especialmente respecto al que se maneja en el ámbito administrativo”¹⁰⁷.

Además, ha de tenerse en cuenta que:

“Buena parte de las infracciones contra la Administración pública se conciben como delitos especiales en los que la condición de autor se restringe a quienes posean la cualidad de ‘autoridad’ o la de ‘funcionario’. Ambos términos vienen definidos con carácter general por el legislador en el art. 24 CP¹⁰⁸, y del juego de ambas definiciones resulta que, a efectos

¹⁰³ Octavio de Toledo y Ubieto, “El Delito...”, p. 14: “Cuando el Código penal emplea la expresión legal ‘funcionario público’, no debiera tener que acompañarla de la mención a la ‘autoridad’: esta ya se encuentra incluida en aquella. Que esto es así lo confirma el epígrafe del capítulo, que, con corrección y economía legislativa, alude a los ‘funcionarios públicos’ y con sólo ello abarca también a las autoridades. Esta forma de redacción basada en la indicada relación que guardan los dos conceptos legales, está tan arraigada en nuestros códigos penales, en la jurisprudencia y en la doctrina españolas, que la recurrencia del Código del 95 en la utilización del binomio, pudiera llegar a sembrar la duda sobre si la relación de consunción reseñada se mantiene o no en el nuevo texto legal. Cuando se acude a su artículo 24 y se comprueba que, por sus variaciones mínimas respecto al anterior artículo 119, que además no afectan a este asunto, efectivamente la referida relación se mantiene, hay que volverse a plantear la razón de la persistencia en utilizar ambas expresiones. Cuando es así que nadie se equivocaría si empleara sólo la de ‘funcionarios públicos’ en los casos en que quisiera acoger los dos conceptos, y únicamente la de ‘autoridades’ en aquellos otros en que quiera excluir del tipo correspondiente a los demás funcionarios públicos en sentido penal”.

¹⁰⁴ Valeije Álvarez, “Reflexiones...”, pp. 441-442: “Conceptos jurídicos de general vigencia pueden tener un contenido diferente en cada rama del ordenamiento jurídico y en función de sus específicos cometidos. Justamente, éste es el caso del concepto de funcionario. Como ya había apuntado de algún modo Cobo del Rosal, el concepto de funcionario público varía en el Derecho Administrativo, en el Civil y en el Derecho Penal”.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 446-447: “Esta independencia viene siendo justificada, tanto por las distintas finalidades que persiguen ambos ordenamientos, como por la fórmula utilizada en el Código Penal. Las expresiones que encierra el artículo 24 ‘a los efectos penales’ y ‘se considerará’ hacen pensar a sus comentaristas que el legislador penal se fabricó su propio concepto sin más pretensiones que las de servir de pauta de interpretación en aquellos delitos de la Parte Especial que hacen referencia al funcionario público”.

¹⁰⁶ Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, pp. 140-141: “El Código de 1822 no contiene definición legal de funcionario público; sí, en cambio, el antecedente del actual Título VII (CP 73) rubricado ‘De los delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos’. El Código de 1848 rubrica su Título VIII ‘De los delitos de los empleados públicos en el ejercicio de sus cargos’, y da, en su artículo 322 (capítulo XVII) –‘Disposición general’- de ese mismo Título), una definición legal de empleado: ‘Para los efectos de este Título se reputa empleado todo el que desempeña un cargo público, aunque no sea de Real nombramiento, ni reciba sueldo del Estado’; rúbrica y definición que se reproducen en el Código de 1850, Título VIII y artículo 331 (capítulo XVII –‘Disposición general’- de este Título). La relación entre rúbrica y artículo hace que Cobo califique a este Código (se refiere al de 1848) de ‘ya redundante’, ‘si bien es consecuente con su definición del artículo 322’. En efecto, si trasponemos la definición a la rúbrica, ésta dirá: ‘De los delitos de los que desempeñan un cargo público... en el ejercicio de sus cargos’, lo que, a primera vista, es redundante”.

¹⁰⁷ Valeije Álvarez, “Reflexiones...”, p. 446.

¹⁰⁸ Art. 24 CP 95: “1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mano o ejerza jurisdicción propia. En todo caso,

penales, quien es autoridad, al mismo tiempo es funcionario, si bien lo contrario no es cierto (es decir, a efectos penales no todo funcionario es autoridad)”¹⁰⁹.

En definitiva, “doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar que en el Código Penal la condición de funcionario público¹¹⁰ se adquiere por la concurrencia de dos requisitos distintos: uno de índole subjetiva, relativo a la existencia de un título, o cualidad jurídica en la persona, y otro de índole objetiva que vendría constituido por una efectiva participación en la función pública”¹¹¹.

Concepto de resolución y dictar

Por resolución, podemos entender, “todo acto de la Administración Pública de carácter decisorio, que afecte al ámbito de los derechos e intereses de los administrados. Esto es, todo acto de contenido decisorio. En definitiva, podría decirse que es todo acto de la Administración que comporta una declaración de voluntad de la misma, de contenido decisorio y que afecte a la órbita de los derechos de los ciudadanos”¹¹².

Asimismo, y de forma coincidente, doctrina y jurisprudencia la definen como:

“Cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados y a la colectividad en general, ya sea esa declaración de voluntad emitida de forma expresa o tácita, escrita u oral. El concepto comprende la realización del derecho objetivo a situaciones concretas y generales, abarcando de este modo tanto los actos de contenido singular (nombramientos, decisiones, resoluciones de recursos) como los actos administrativos de efectos generales (destinados a una pluralidad individualizable de sujetos). No constituyen en cambio ‘resoluciones’ los reglamentos y demás normas de carácter general”¹¹³.

Por otro lado, el verbo típico dictar: “es, de acuerdo con la segunda acepción que otorga a dicho verbo la Real Academia Española, ‘dar, expedir, pronunciar leyes, fallos, preceptos, etc.’. De dicha definición, unida al elemento ‘resolución’, deduce un sector doctrinal la naturaleza inequívocamente activa¹¹⁴ del delito de prevaricación

tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Tendrán también la consideración de autoridad los funcionarios del Ministerio Fiscal y los Fiscales de la Fiscalía Europea. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”.

¹⁰⁹ Ortiz de Urbina Gimeno, “Delitos...”, p. 388.

¹¹⁰ *Ibid.*, pp. 388-389: “El concepto penal de funcionario va más allá del jurídico-administrativo (STS 149/2015, ponente Conde-Pumpido Tourón): incluye a los funcionarios interinos (STS 238/2010, ponente Ramos Gancedo), al personal laboral (STS 866/2003, ponente Martín Pallín) y a quienes trabajan en la llamada ‘Administración institucional’, esto es, entidades públicas independientes, incluso con personalidad jurídica propia, también cuando se trata de sociedades mercantiles (STS 68/2003, ponente Delgado García)”.

¹¹¹ Valeije Álvarez, “Reflexiones...”, p. 446.

¹¹² González Cussac, *El delito...*, pp. 47-50.

¹¹³ Hava García, *Los delitos...*, p. 52.

¹¹⁴ Otros autores, sin embargo, admiten la posibilidad de que se realice en comisión por omisión, “en base a consideraciones sistemáticas y teleológicas; en esencia, y en coherencia con la regulación del silencio administrativo, afirmaba Octavio de Toledo que en estos supuestos la omisión puede estimarse equivalente a la activa causación del resultado (‘resolución’) cuando el sujeto, el funcionario, hubiera podido impedirla cumpliendo con su deber jurídico de actuar” (Hava García, *Los delitos...*, p. 44).

administrativa, descartando consecuentemente la posibilidad de que se realice en comisión por omisión”¹¹⁵.

La arbitrariedad de la resolución y el conocimiento de su injusticia

Ya comentamos con anterioridad que la arbitrariedad¹¹⁶ está expresamente prohibida en la Constitución, siendo así que se trate de una “cualificación que obliga a distinguir las ilegalidades cuyo control corresponde a la jurisdicción contenciosa de las que, trascendiendo ya el estricto ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito de prevaricación por vulnerar abiertamente los principios constitucionales de imparcialidad, igualdad de oportunidades, de legalidad, etc., que conforman la actuación de la Administración”¹¹⁷.

En cualquier caso, hablamos de una arbitrariedad que suponga una infracción grave del principio de legalidad, “como para suponer la nulidad de pleno derecho del acto (no resultando suficiente con su mera anulabilidad), por constituir estos supuestos las lesiones más clamorosas del bien jurídico protegido. Pero una vez comprobada la concurrencia de ese desvalor de resultado, sólo la constatación adicional del desvalor de comportamiento, esto es, la consciencia de resolver de espaldas al Derecho (lo cual, por cierto, nada tiene que ver con los ‘sentimientos de justicia o injusticia que tenga el funcionario’) permitirá afirmar la presencia de un injusto penal completo. A ese desvalor de comportamiento se refiere el tipo, en definitiva, con la expresión ‘a sabiendas de su injusticia’¹¹⁸.

A sabiendas

Con esta terminología se “hace referencia al dolo del sujeto, que en este caso consistirá en la voluntad de realizar el tipo penal con conocimiento de la ‘injusticia’ de la resolución que emite (esto es, de su carácter abiertamente ilegal -arbitrario-), lo que

¹¹⁵ Hava García, *Los delitos...*, p. 44.

¹¹⁶ Hava García, *Los delitos...*, p. 64: “Las nociones de arbitrariedad e injusticia han de ser consideradas equivalentes. Esta solución puede resultar discutible, en cuanto el legislador utiliza dos términos diferentes, de modo que parece lógico interpretarlos de modo distinto. Lo cierto, sin embargo, es que interpretar los términos como diferentes supondría que los jueces, además de indagar la contrariedad de la resolución con el Derecho positivo, deberían entrar a analizar si quien la dictó lo hizo ‘a sabiendas de su injusticia’, lo que sin duda causaría grandes problemas”. Ortiz de Urbina, “*Delitos...*”, p. 392. En el mismo sentido, “muchos pronunciamientos judiciales entienden que los términos ‘injusticia’ y ‘arbitrariedad’ tienen un significado equivalente, ‘pues si se exige como elemento subjetivo del tipo que el autor actúe a sabiendas de su injusticia, su conocimiento debe abarcar, al menos, el carácter arbitrario de la resolución’”.

¹¹⁷ Hava García, *Los delitos...*, p. 59.

¹¹⁸ Hava García, *Los delitos...*, p. 64.

parece que debe interpretarse como la imposibilidad de estimar supuestos de dolo eventual¹¹⁹ en la prevaricación administrativa”¹²⁰.

En este sentido, referíamos al inicio de nuestro estudio, la existencia en el Código de algunas expresiones que denotan el componente emocional que concurre en el sujeto, evidenciando el contenido de su voluntad.

En este caso, con la locución “a sabiendas”, se trasluce el dolo, esto es: con conocimiento y voluntad consciente.

Participación delictiva

Por otro lado, también hemos apuntado los problemas a los que -igualmente- se puede hacer frente y que tienen que ver con la teoría de la participación en el delito.

Así, hablamos de la posibilidad de “ciertas disfunciones prácticas en la atribución de responsabilidad penal por delitos especiales como la prevaricación¹²¹, particularmente en aquellos casos, no inhabituales, en los que materialmente concorra una situación de *autoría mediata*: casos en los que la confianza depositada en el criterio técnico del asesor de lugar a que el funcionario que ha de dictar resolución actúe sin dolo, *instrumentalizado* por aquél”¹²².

No resulta nada novedoso lo que decimos, puesto que:

“El problema es conocido: si acogemos los criterios de responsabilidad de los delitos especiales propios asumidos por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, no podrá hacerse responsable al funcionario *intraneus* porque actuó sin dolo -al desconocer la ilegalidad de la resolución que dictaba-, pero tampoco podrá hacerse responsable al asesor técnico, ni

¹¹⁹ Orts Berenguer, E. y González Cussac, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 343: “El dolo eventual existe cuando el autor se representa como probables las consecuencias de su comportamiento y, no obstante, decide actuar asumiéndolas (querido es lo que el autor ha asumido. Vid. las SSTs de 23-10 y 18-12 de 2012, 1-4-2013, 41/2018; y la STC 172/2019)”: por otro lado, “es obligado reconocer la dificultad que entraña trazar la frontera entre el dolo y la culpa, y el dolo eventual es precisamente un problema de frontera. Por otra parte, concurren los principios de seguridad jurídica y, en menor medida, el ‘in dubio pro reo’. En los supuestos de dolo eventual se trata siempre de calificar como doloso un comportamiento que no lo es claramente” (Quintero Olivares, G., con la colaboración de Morales Prats, F., *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 156).

¹²⁰ Hava García, *Los delitos...*, p. 64.

¹²¹ Prego de Oliver López-Cortijo, J., “La responsabilidad penal del ‘extraneus’”, *Economist&Jurist*, 19 de noviembre de 2023: “El artículo 28 del Código Penal vincula el concepto de autor directamente a la figura del sujeto que ejecuta la acción típica, es decir, a quien domina la realización del hecho. Esta concepción no plantea problemas de autoría en el caso de delitos comunes como el homicidio, la estafa o las lesiones, en los que el reproche culpabilístico recae sobre quien mata, engaña o agrede. Ahora bien, mayor complejidad presenta la atribución de la ejecución del hecho en el caso de los delitos especiales propios, en los que el tipo penal solo puede ser realizado por los sujetos indicados en su propia definición legal por encontrarse potencialmente en condiciones de lesionar el bien jurídico protegido por el tipo, lo que puede estar determinado por diferentes factores como son el parentesco, la profesión, el ejercicio de determinados cargos o funciones, etc.”

¹²² Alcácer Guirao, R., “El *extraneus* que sabía demasiado. Anomalías jurisprudenciales en la prevaricación”, *Una perspectiva global del Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, D. M. Santana Vega, S. Fernández Bautista, S. Cardenal Montraveta, D. I. Carpio Briz, C. Castellví Monserrat (Dirs.), Barcelona, Atelier, 2021, p. 108.

como autor (por su condición de *extraneus*¹²³, al carecer de las competencias para dictar la resolución), ni como partícipe, dada la atipicidad subjetiva de la conducta del autor (accesoriedad limitada)”¹²⁴.

Al respecto, las soluciones que se brindan no siempre resultan acordes a los criterios generales de imputabilidad¹²⁵.

“En definitiva, si bien existen en nuestro ordenamiento determinados delitos que exigen ciertas cualidades personales para su realización, ello no obsta para que aquel en quien no concurren tales condiciones pueda ser condenado por su participación en el hecho a título de inductor o cooperador necesario siempre y cuando (i) la ausencia del elemento personal no excluya la tipicidad de la acción -pues en tal caso el sujeto no será criminalmente responsable- y (ii) la conducta desplegada no le aproxime al dominio del hecho -pues en tal caso se impondrá al sujeto la misma pena prevista para el autor”¹²⁶.

Si bien, sobre estas últimas afirmaciones, albergamos nuestras dudas, en cuanto a dar cabida íntegra al respeto del consabido principio de legalidad. En todo caso, no puede aplicarse como regla general.

4. La prevaricación judicial: elementos y bien jurídico protegido

En cuanto al delito de prevaricación judicial¹²⁷, “la absoluta indefensión que caracterizaba a la administración de justicia española ya era un auténtico clamor a finales del siglo XVIII. En este sentido, Tomás y Valiente señalaba como algunas de las características más relevantes del proceso penal castellano de la época la falta de imparcialidad del Juez (que además de intervenir como investigador y enjuiciador participaba en el reparto de las penas pecuniarias), el excesivo margen de arbitrio judicial

¹²³ Prego de Oliver López-Cortijo, “La responsabilidad..., 19 de noviembre de 2023: “No obstante, aunque la conducta típica de estos delitos solo puede ser realizada por autoridad o funcionario público, ello no excluye el reproche sobre quien sin reunir esa cualidad personal colabora en la ejecución del hecho, es decir, sobre el *extraneus*. Y es que, como recoge el Tribunal Supremo en su Sentencia 740/2013, de 7 de octubre, nuestro ordenamiento considera *extraneus* a quien, sin cumplir los requisitos personales propios del autor del ilícito, sin embargo, sí que se le puede atribuir la participación -por inducción o cooperación necesaria- en el delito especial que ejecuta, en concepto de autor, la autoridad o funcionario público, es decir, el *intraneus*”. Añadiendo el mismo autor que: “No obstante lo anterior, la figura del *extraneus* no debe entenderse en el sentido estricto de que todo aquél que interviene en la realización del hecho sin llenar los elementos personales del tipo responde criminalmente de su participación como inductor o cooperador necesario, pues en otros casos la ausencia del elemento personal conducirá directamente a la atipicidad de la acción”.

¹²⁴ Alcácer Guirao, “El *extraneus*..., p. 108.

¹²⁵ Alcácer Guirao, “El *extraneus*..., p. 108: “Consciente de esa disfunción, cuando se ha enfrentado a supuestos de esa índole el Tribunal Supremo ha ensayado distintas soluciones *ad hoc* para poder condenar a los asesores técnicos -en la asunción, no siempre explícita, de que es él quien tiene el ‘dominio’ del hecho- y evitar así la impunidad. El problema que presentan esas soluciones es que, a fin de conjurar ese déficit político-criminal, se ven obligadas a alterar los criterios generales de imputación e interpretación de los requisitos típicos del delito”.

¹²⁶ Prego de Oliver López-Cortijo, “La responsabilidad..., 19 de noviembre de 2023.

¹²⁷ Ramos Tapia, *El delito*..., p. 77: “Como primer antecedente del delito de prevaricación consistente en dictar sentencia injusta se menciona a veces al Digesto, cuyo título XV del Libro 47 lleva por rúbrica precisamente ‘Sobre la prevaricación’. Sin embargo, este texto no se refiere a la prevaricación del juez sino a la del acusador en un juicio público: ‘Prevaricador es como si dijera que varica, es decir, que anda con las piernas separadas, y ayuda así a la parte contraria traicionando a la que en él confía”.

y la ausencia de motivación de las sentencias¹²⁸ (extremadamente lacónicas, carentes de fundamentación jurídica e incluso exentas de referencia alguna al derecho vigente)”¹²⁹.

Lo anterior resultaba incongruente al amparo de todo lo proclamado con la Constitución de 1812¹³⁰:

“Parece claro que uno de los objetivos del nuevo orden que pretendía instituir ‘La Pepa’ era acabar con la arbitrariedad propia del Antiguo Régimen, ofreciendo cierta seguridad jurídica a los ciudadanos, para lo cual era necesario preservar la imparcialidad de los servidores públicos. Uno de los primeros pasos dados en esta línea fue la promulgación del Decreto de Cortes de 24 de marzo de 1813¹³¹, que establecía las ‘Reglas para que se haga efectiva la responsabilidad de los empleados públicos’¹³², y en el que aparecen ya los delitos de prevaricación con contornos similares a los de hoy en día”¹³³.

En este Decreto referenciado¹³⁴ se aplica por vez primera la denominación de prevaricación a los empleados públicos, incluyendo jueces y magistrados. La prevaricación, hasta ese momento, se dirigía únicamente a los abogados que perjudicaban a sus clientes descubriendo sus secretos a la parte contraria¹³⁵.

¹²⁸ Hava García, *Los delitos...*, p. 21: “Es más, según señala Bernaldo de Quirós, la magistratura consideraba un atentado la mera indicación de que sería conveniente que razonase sus fallos, calificaba de injuriosa la cita de una sola ley, prohibía que se pusiera una mesa delante del letrado y no le consentía que sacara ni un papel, obligándole a escribir sobre las uñas algún dato importante, si es que quería tenerlo presente en el informe”..

¹²⁹ Hava García, *Los delitos...*, p. 21.

¹³⁰ Hava García, *Los delitos...*, p. 21: “Esta situación chocaba frontalmente con el pensamiento ilustrado y el ideario liberal-reformista que inspiró la Constitución de 1812, cuyo Discurso Preliminar proclamaba: ‘La necesidad de prevenir las prisiones arbitrarias, de contener el escandaloso abuso de los arrestos injustos, de las dilaciones y largas en la formación de los procesos judiciales reclaman con urgencia una reforma radical. La publicidad a los juicios, a lo menos desde la conclusión del sumario, la efectiva responsabilidad de los jueces y demás ministros e individuos de justicia, leyes que arreglen con claridad y precisión los trámites del proceso; he aquí los principios constitutivos del sistema criminal, cuya planta ofrece la Comisión”.

¹³¹ Ramos Tapia, *El delito...*, p. 82: “En esta norma sitúa Casabó Ruiz el punto de partida del concepto actual de prevaricación, pues observa que ‘hasta entonces se reserva esa denominación para la conducta del abogado que descubre los secretos de su cliente a la parte contraria o ayuda a ésa en perjuicio del primero, según la Partida VII, título 7, ley 1’. Este Decreto de 1813 amplía el concepto que, si antes se relacionaba con la traición del abogado para con su cliente, ahora se aplica también a los jueces y empleados públicos adquiriendo un sentido de *falta de fidelidad en el desempeño de un cargo público*”.

¹³² Hava García, *Los delitos...*, pp. 21-22: “En efecto, el Capítulo 11 del Decreto de 1813 castigaba como una auténtica ley penal un conjunto de delitos cometidos por empleados públicos (no solo la prevaricación, sino también otras figuras como el soborno o cohecho, el mal uso del oficio por descuido o ineptitud, y la omisión en la vigilancia de sus inferiores), extendiendo por primera vez a todos los empleados públicos (también a Jueces y Magistrado) la aplicación del término ‘prevaricación’, que hasta ese momento había estado reservada a los abogados que descubrían los secretos de su cliente a la parte contraria o ayudaban a ésta en perjuicio de aquél”.

¹³³ Hava García, *Los delitos...*, p. 21.

¹³⁴ Hava García, *Los delitos...*, p. 22: “La sistematización esbozada por este Decreto de 1813 servirá de nexo para el elenco de figuras delictivas que, con una sorprendente ‘tradicción de estabilidad’, han recogido la totalidad de los Códigos penales españoles bajo el enunciado de delitos de los empleados o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”.

¹³⁵ González Cussac, “Prevaricación...”, p. 458: “El bien jurídico tutelado viene a ser el mismo ya apuntado, aunque su alcance específico no sólo se limita al correcto ejercicio del servicio público que prestan en la administración de justicia, sino que también se extiende al posible perjuicio ocasionado a sus clientes. En esta línea la jurisprudencia habla de faltar a un principio esencial de lealtad (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1989, RA 4953), y de la exigencia al abogado y procurador de unos conocimientos científicos propios de su profesión (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1988, RA 7688). Aquí el sujeto activo ya no es un funcionario público, sino un abogado o procurador. Seguimos no obstante estando ante delitos especiales en sentido propio”.

Ya hemos visto en el relato histórico que la prevaricación judicial¹³⁶ se traslada a un capítulo independiente y esta escisión se produce con el Código penal de 1995, diferenciándose de esta manera las conductas de prevaricación llevadas a cabo por cualquier funcionario público de aquellas otras que solamente pueden realizar los encargados de la administración de justicia.

“Durante muchos años¹³⁷, según la jurisprudencia analizada, sólo cometían el delito de prevaricación judicial, los Jueces Municipales o los Jueces de Paz, con la sola excepción de un caso, en el que se condenó a un juez de instrucción por prevaricación - STS 10 de junio 1887¹³⁸-, pues ni siquiera en el *resonante caso Bardelino*, casi un siglo más tarde, fueron condenados por prevaricación los magistrados procesados”¹³⁹.

Bien jurídico protegido

Como nos dice García Arán, el ámbito de lo protegido resulta de escasa precisión: “en primer lugar, el carácter multívoco del concepto de ‘Administración de Justicia’¹⁴⁰ ha

¹³⁶ En el Proyecto de Código Penal de 1992, “el delito de prevaricación judicial (arts. 426 y ss. P.C.P.) aparece, por fin, entre los delitos contra la Administración de Justicia, en una colocación históricamente reclamada por la doctrina. Se trata de la conducta genuinamente afectante al ejercicio de la función jurisdiccional, en tanto en cuanto supone el torcimiento de la aplicación de la ley; dicha interpretación pueden mantenerse hoy también, pese a encontrarse entre los delitos de funcionarios en el ejercicio de sus cargos, si tales delitos se interpretan como lesivos de las funciones públicas en general y de la función encomendada a cada funcionario en particular. En todo caso, dado que el P.C.P. opta por separar en dos títulos la función pública y la específica función jurisdiccional, la ubicación de la prevaricación judicial en esta última resulta a todas luces correcta”. García Arán, “Consideraciones sobre los delitos contra la administración de justicia en el proyecto de Código Penal de 1992”, *Política criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1993, p. 524.

¹³⁷ Güidi Clas, *La Prevaricación...*, p. 9: “A partir de 1989 proliferan los procesos por prevaricación, a una velocidad vertiginosa, tanto en los Tribunales Superiores de Justicia, como en el Tribunal Supremo -causas especiales- también es cierto que fueron mucho más numerosos los procesos por prevaricación administrativa que por prevaricación judicial, aunque a partir de 1996 -STS 14 julio 1996- el delito está alcanzando una cota tan sorprendente, que me atrevo a subrayar que más bien parece un delito *que está de moda*”.

¹³⁸ STS 1009/1887, 10/06/1887 (Ponente Juan Manuel Romero): “Que el Juez de instrucción que al recibir un escrito de querrela no resuelve lo que proceda dentro del término que señala el art. 20 de la ley de Enjuiciamiento criminal, y antes por el contrario, impulsado por su amistad con el querrellado, promueve gestiones y conferencias con la persona ofendida y su Letrado, que, no dando resultado, hicieron precisa la presentación de nueva querrela, incurre en la responsabilidad a que se refiere el art. 368 del Código penal”. En efecto, en la resolución de referencia encontramos una relación de hechos de lo acontecido, si bien, se trata de una sentencia breve, en donde no se encuentra ninguna fundamentación relativa a los elementos del delito de prevaricación.

¹³⁹ Güidi Clas, *La prevaricación...*, p. 9.

¹⁴⁰ Por otro lado, tal y como afirma Ramos Tapia, *El delito...*, p. 32: “El recurso a la administración de justicia como bien jurídico cuya lesión fundamenta el delito tiene el inconveniente de los llamados ‘bienes jurídicos institucionales’, cuya abstracción los hace inservibles para cumplir otra función que no sea meramente la de servir de bien jurídico categorial bajo el que agrupar diversos delitos. Tampoco otras formulaciones del bien jurídico como ‘el correcto funcionamiento de la administración de justicia’ o ‘la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia’ resultan idóneos como bien jurídico lesionado por la conducta prevaricadora si no se hace referencia a la infracción de un deber concreto por el juez. Además, tales formulaciones llevan a un paralelismo entre la prevaricación judicial y la administrativa, cuando ambos ilícitos, aunque formalmente se describan como conductas similares, son totalmente distintos”.

dificultado la concreción de los aspectos que son o deben ser objeto de protección penal...”¹⁴¹.

En la doctrina¹⁴², “pueden encontrarse tanto referencias a la ‘idea’ de Justicia como al Poder Judicial o a la función estatal de administrar justicia. Ello no es extraño si tenemos en cuenta que al hablar de ‘Justicia’ entran en escena una serie de conceptos que no siempre se depuran con precisión: la Administración de Justicia como conjunto orgánico integrante de la Administración del Estado, la Administración de Justicia¹⁴³ como función estatal¹⁴⁴, el Poder Judicial como concepto político dentro del esquema de división de poderes y, a la vez, como concepto funcional equivalente al ejercicio de la potestad jurisdiccional”¹⁴⁵.

Al respecto, afirma Ramos Tapia que:

“Ni siquiera la alternativa, siguiendo una teoría constitucionalista del bien jurídico, de fundamentar el ilícito en la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en su vertiente de ‘derecho a una resolución fundada en Derecho’ resulta aceptable, por su falta de correspondencia con el tipo objetivo de la prevaricación dolosa (art. 446 CP). Por ello, se opta finalmente por fundamentar el ilícito desde la categoría dogmática propuesta por Jakobs de ‘delito de infracción de un deber institucional o en virtud de responsabilidad institucional’, en los que la responsabilidad se fundamenta no en la lesión de un bien jurídico sino en la lesión de un deber asegurado institucionalmente. Ese deber es el de vinculación exclusiva al Derecho. Partiendo de esta fundamentación del ilícito se hace posible una interpretación coherente con la posición del juez en nuestro Estado de Derecho de los elementos con los que los art. 446 y 447 describen la conducta típica”¹⁴⁶.

Sujetos

¹⁴¹ García Arán, “Consideraciones...”, p. 519.

¹⁴² Ferrer Barquero, R., *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 25-27: “Ha apuntado diversas opciones para especificar dicho objeto formal, como: - la función estatal de administrar justicia que se desempeña por los integrantes del Poder Judicial, a través del proceso (García Arán / Magaldi), - el servicio público que presta la Administración de Justicia (González Rus), - el interés del Estado en el buen funcionamiento de la Administración de Justicia (Orts Berenguer; Serrano Gómez), - el normal desenvolvimiento de la función judicial (Puig Peña), el proceso (Quintano Ripollés, García Miguel), - el Poder Judicial (Quintero Olivares), - la viabilidad del derecho a la tutela judicial efectiva (Serrano Butragueño), - el deber de garantizar la realización del Derecho en la Administración de Justicia (Ramos Tapia)”.

¹⁴³ García Arán, “Consideraciones...”, p. 520: “Quintano fue uno de los primeros en llamar la atención sobre el contenido funcional de la Administración de Justicia como bien jurídico, en su conocida clasificación de estos delitos atendiendo a las fases del proceso que resultan afectadas. Efectivamente, si el proceso es el cauce reglado para administrar justicia, la afectación a sus distintas fases pone de manifiesto la lesión del ejercicio de la función”.

¹⁴⁴ García Arán, “Consideraciones...”, pp. 520-521: “La protección de la Administración de Justicia como *función* explica la constante relación de este Título con el correspondiente a los delitos contra la Administración pública, hoy rubricado como ‘Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos’. Allí se protege el ejercicio de funciones públicas en general, contra las conductas de quienes las ejercen, mientras que en el Título que nos ocupa se recoge la protección de la función jurisdiccional específica, lesionable también por quienes no se encuentran encargados directamente de su ejercicio”.

¹⁴⁵ García Arán, “Consideraciones...”, p. 520.

¹⁴⁶ Ramos Tapia, *El delito de...*, p. 32.

Nos encontramos ante un delito especial, al tratarse de un sujeto activo determinado: el juez o magistrado¹⁴⁷, “ya pertenezca a la carrera judicial, ya sea juez sustituto, magistrado suplente o juez de paz. Se trata, por tanto, de un delito especial propio en el que difícilmente podrá intervenir un *extraneus*¹⁴⁸ en calidad de partícipe”¹⁴⁹.

En este sentido, “no resulta fácil la delimitación del círculo de autores idóneos del delito sobre todo después de la sustitución en el CP de 1995 de la genérica expresión de *juez* por la de *Juez o Magistrado*, que parece restringir el delito a las dos categorías de jueces a los que se refiere la LOPJ y deja sin resolver el problema de la idoneidad como autores del delito de los miembros del Tribunal de Cuentas¹⁵⁰ o del Tribunal Constitucional¹⁵¹ y de los miembros del jurado¹⁵² cuando dictan un veredicto injusto”¹⁵³.

Conducta típica

Consiste en: “a sabiendas, dictar sentencia o resolución injusta”¹⁵⁴. Siendo el verbo nuclear, “dictar”, entendiéndose por tal, “el acto de ordenar, pronunciar, suscribir o firmar la sentencia o resolución, siempre que ésta se incorpore efectivamente al proceso, no siendo relevantes en este contexto los simples borradores o escritos que no llegan a formalizarse como auténticas resoluciones”¹⁵⁵.

¹⁴⁷ Ramos Tapia, *El delito...*, p. 30: “La conducta prevaricadora del juez no es equiparable a la de cualquier otro funcionario público sino que se trata de la responsabilidad penal del titular de un poder del Estado al que se encomienda en exclusiva la potestad jurisdiccional. El delito de prevaricación judicial tiene que ver no con la condición de funcionario del juez sino con su posición de garante en la administración de justicia y, en concreto, con el principio nuclear con el que la CE caracteriza su ejercicio: el de vinculación exclusiva a la ley, entendido como vinculación al sistema de fuentes instaurado por la Constitución del que ella misma es la norma suprema”.

¹⁴⁸ Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, p. 399: “La actividad del *extraneus* no es que no produzca una resolución injusta, es que no produce resolución alguna; difícilmente un *nada* podrá lesionar el bien jurídico en la medida requerida por el tipo. Podrá haber, *acaso*, una falsedad (si la resolución es escrita) o una usurpación de funciones (si la resolución es escrita, oral o mímica), en donde resolver los problemas de autoría y participación, tras determinar el ataque a los bienes jurídicos respectivos; pero no una prevaricación”.

¹⁴⁹ Benlloch Petit, G., “Delitos contra la Administración de Justicia”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial*, J-M. Silva Sánchez (dir.), R. Ragués i Vallès (coord.), Barcelona, Atelier, 2023, p. 426.

¹⁵⁰ Ferrer Barquero, señala que: “Este órgano se regula también por una normativa específica, la LO 2/1982 del Tribunal de Cuentas. El que la ley reguladora de este órgano hable, en su artículo 30, de Consejeros de Cuentas, y no de Magistrados, no impide que puedan prevaricar, pues actúan de modo similar a éstos, y sólo una interpretación en exceso formalista de la expresión ‘Juez o Magistrado’ conduciría a la inaplicación a este supuesto de dicha figura delictiva”. Añadiendo el mismo el autor que: “Efectivamente, la cuestión esencial, clave para poder aplicar la prevaricación a los integrantes de ese órgano contable, es que aquí se administra justicia, como acepta no sólo la doctrina, que observa verdadera potestad jurisdiccional, sino también el propio Tribunal Constitucional, en STC 187/88 de 17 de octubre. Por consiguiente, el indudable que los miembros del Tribunal de Cuentas que se aparten del derecho al ejercer la jurisdicción contable pueden ser sujetos de una prevaricación judicial” (Ferrer Barquero, *El delito...*, pp. 60-61).

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 60: “Si bien con la salvedad que la singularidad de su misión requiere, la mayoría de los autores coinciden en admitir la posible prevaricación de los titulares de este órgano”.

¹⁵² *Ibid.*, p. 70: “Aunque parece claro que los jurados pueden realizar una aplicación torticera del derecho, emitiendo un veredicto que vulnere de modo manifiesto el ordenamiento jurídico, no estimamos que ese comportamiento satisfaga los requisitos de la formulación típica”.

¹⁵³ Ramos Tapia, *El delito...*, p. 33.

¹⁵⁴ Benlloch Petit, “Delitos...”, p. 426: “La principal dificultad interpretativa que plantea el delito de prevaricación judicial se encierra en esta frase, pues no resulta fácil determinar qué debe entenderse por ‘una resolución injusta’ a los efectos del delito de prevaricación”.

¹⁵⁵ Hava García, *Los delitos...*, p. 106.

Ahora bien, resulta más difícil precisar el concepto de “injusta”, por cuanto que existen distintas teorías doctrinales al respecto¹⁵⁶.

A todo ello, “se añade el que la injusticia es un elemento que para ser abarcado por el dolo exige el conocimiento por parte del juez del ordenamiento jurídico¹⁵⁷, por lo que a veces se confunde en la doctrina la ignorancia por el juez de la contrariedad a Derecho de la resolución que dicta (error de tipo¹⁵⁸) con la ignorancia de la contrariedad a Derecho de la propia conducta (error de prohibición¹⁵⁹)”.

En cuanto a la terminología y origen de “a sabiendas”:

“Tiene como única finalidad exigir dolo y excluir la culpa. Finalidad legislativa claramente perceptible desde que en 1870 se creara un segundo párrafo exclusivamente para la imprudencia”¹⁶⁰.

Así las cosas, “consiste en actuar con conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia, de dictar una resolución con total apartamiento del principio de legalidad y de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones, elemento que debe ser puesto en relación con la condición del Juez de técnico *-da mihi factum, dabo tibi ius-*, y por tanto concedor del Derecho y de la ciencia jurídica *-iura novit curia*”¹⁶¹.

La comisión imprudente

¹⁵⁶ Estas son: “a) la teoría subjetiva, que pone el acento en la convicción del juzgador respecto de la resolución dictada, de modo que sería injusta aquella decisión tomada por éste en contra de su conciencia, con independencia de su carácter legal o ilegal; b) la teoría objetiva, que determina el carácter injusto de la resolución a partir de su contradicción objetiva por el ordenamiento, de forma que la valoración de la convicción del juzgador pasa a ser objeto de consideración en la parte subjetiva del tipo; c) la teoría mixta o de los deberes, que tratando de soslayar los defectos de los anteriores considera injustas aquellas resoluciones que se dicten con incumplimiento del deber judicial de garantizar y hacer prevalecer el derecho, esto es, sin respetar las normas y criterios que el ordenamiento prevé para la interpretación y aplicación del derecho” (Hava García, *Los delitos...*, p. 112).

¹⁵⁷ Esto implicaría hablar del error, conocimiento equivocado o ignorado: “El error es una falsa representación de la realidad o un desconocimiento de la misma por ausencia de su correcta representación. Así, a los efectos del Derecho penal se considera error tanto el juicio inexacto sobre un elemento esencial de la infracción, esto es, una falsa o equivocada representación o suposición del mismo; como también el desconocimiento de que concurre dicho elemento. Por ello se afirma que error e ignorancia son equivalentes. Así pues, el error ha de definirse como el conocimiento equivocado, y, por tanto, supone un conocimiento falso. Decimos que existe error cuando una persona actúa bajo una creencia que no se corresponde con la realidad. De modo que se realiza una conducta con un conocimiento inexacto o falso” (Orts Berenguer E., y González Cussac, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 391).

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 391: “El error sobre el tipo (o sobre el hecho) supone el conocimiento equivocado acerca de cualquier requisito integrante del *tipo de acción*. Y en consecuencia excluye el dolo, pues entonces el sujeto no sabía o no pudo calcular exactamente las consecuencias de su acción, de modo que también existe una ausencia de *compromiso* con la acción (o con alguno de sus componentes)”.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 395: “En esta clase de error el autor cree que su conducta es conforme a Derecho, cuando en realidad no lo es. Es decir, cree equivocadamente que su comportamiento no es delito, pero en verdad sí lo es”; en estos casos, si el error es vencible (evitable), se impondrá una pena inferior a la pena fijada en el delito cometido; y si el error es vencible (inevitable), la conducta no tendrá reproche penal.

¹⁶⁰ González Cussac, *El delito...*, p. 103.

¹⁶¹ Hava García, *Los delitos...*, pp. 123-124.

La modalidad imprudente¹⁶² se introduce en el Código Penal de 1870: “cambio éste que motivó ya entonces una interesante polémica entre Groizard, partidario del castigo de la prevaricación culposa y Pacheco, firme oponente a su punición”¹⁶³.

En este sentido, “la jurisprudencia ha extraído de esta exigencia adicional (“manifiestamente injusta”) una importante consecuencia interpretativa en lo que respecta al tipo subjetivo: a saber que, para integrar el delito de prevaricación imprudente, el autor tiene que haberse representado -culpa con representación¹⁶⁴- la posibilidad de la realización del tipo, con lo que los supuestos de culpa inconsciente quedarán fuera del ámbito típico (en este sentido la STS 359/2002, ponente Granados Pérez, y el ATS de 23 de julio de 2002, ponente Bacigalupo Zapater)”¹⁶⁵.

Los términos de “negligencia o ignorancia inexcusable¹⁶⁶” han sido equiparados por la mayoría de la doctrina española, “con la forma más grave de culpa, esto es, con la imprudencia temeraria. Así, mientras ‘negligencia’ e ‘ignorancia’ se identifican con imprudencia, el término ‘inexcusable’ lo hace con temerario, es decir, en el sentido de grave. Se refuerza de este modo el carácter excepcional del castigo de la modalidad culposa por lo que los simples errores y las demás clases de imprudencia quedan fuera del ámbito penal”¹⁶⁷.

En cuanto a la expresión “manifiestamente¹⁶⁸”, apunta González Cussac, puede ser entendida de dos formas:

¹⁶² González Cussac, *El delito...*, p. 38: “Hoy, a diferencia de la situación existente en el pasado siglo, no hay razones para entregar al Derecho penal la persecución de los errores cometidos en el ejercicio del cargo. Esta tarea puede y debe ser asumida por el Derecho disciplinario, tanto por consideraciones de gravedad, como de oportunidad. El carácter fragmentario y subsidiario del Derecho Penal han de proclamarse con rotundidad en esta materia. En la actualidad la jurisdicción contencioso-administrativa está suficientemente capacitada para concretar la imposición de sanciones disciplinarias impuestas a funcionarios incompetentes, negligentes o descuidados. No es necesario acudir al Derecho Penal para proteger la función pública en estos casos. Y tampoco existe la coyuntura social, política y jurídica para seguir desconfiando de la Administración y de su fiscalización por los Jueces y Tribunales ordinarios no penales. Reservar para el Derecho Penal la tipificación de la prevaricación dolosa, abandonando al Derecho disciplinario el castigo de la prevaricación culposa, no solo facilitaría la distinción entre ambos ilícitos, sino que sería mucho más justa y acorde con nuestro sistema constitucional”.

¹⁶³ González Cussac, *El delito...*, p. 99.

¹⁶⁴ Orts Berenguer y González Cussac, *Compendio...*, p. 351: “Especialmente problemáticos son los casos donde el sujeto se representa el resultado como posible y aunque no lo persigue, este se produce por un exceso de confianza (fáciles de imaginar son múltiples supuestos relacionados con la conducción de vehículos o con el manejo de armas)”.

¹⁶⁵ Benlloch Petit, “Delitos...”, p. 430.

¹⁶⁶ Hava García, *Los delitos...*, pp. 126-127: “Es aquella en la que la resolución es tan patentemente contraria a la Ley que pone de manifiesto un absoluto desconocimiento del juez o magistrado de la rama del ordenamiento jurídico que le compete aplicar. El desconocimiento puede derivar de la ignorancia del derecho aplicable al caso, o bien de la negligencia en la forma de tramitar el proceso, valorar la prueba o dictar la resolución. La cognoscibilidad y evitabilidad deberán apreciarse según las circunstancias personales del Juez, teniendo en cuenta en todo caso que el artículo 447 CP tipifica una ignorancia clamorosa, manifiesta y palmaria, que de ninguna manera puede atribuirse a una decisión meramente incorrecta”.

¹⁶⁷ González Cussac, *El delito...*, p. 110.

¹⁶⁸ Octavio de Toledo y Ubieto lo explica de la siguiente manera: “A) El término ‘manifiestamente’ significa claro, notorio, evidente, ostensible, etc.; no significa grave. B) Se debe entender en íntima relación con la existencia de un deber de cuidado y de conocimiento, objetivado y profesional. Expresa que la injusticia de la resolución sea tan clara que no ofrecería duda a un funcionario medio que estuviere en la misma situación que se examina en el caso concreto. C) Su función es la de limitar el alcance de las prevaricaciones culposas en relación al que tienen las dolosas. Al mismo tiempo, traza una frontera entre

“La primera es absolutamente mayoritaria en la doctrina penal española, y se identifica con notorio, claro, palmario, evidente, ostensible. Este adjetivo se predica de la ‘injusticia’. De modo que ésta no ha de ofrecer dudas. Y obviamente no ha de ofrecer dudas para terceros. Es decir, ha de ser ‘manifiestamente injusta’¹⁶⁹ para otras personas con conocimientos similares al autor. Y ello es claro, porque si fuera manifiestamente injusta la resolución para el autor, estaría obrando con dolo (‘a sabiendas’)¹⁷⁰”.

5. La prevaricación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Abordamos, pues, ahora, la tarea de plasmar los resultados obtenidos de la consulta de las 369 sentencias localizadas en el buscador de CENDOJ con la voz “prevaricación”. De esta cifra total de sentencias, hemos recogido a lo largo de las páginas siguientes aquellas que han resultado de mayor interés, y que pueden destacarse, evidenciando, como veremos, todo lo expuesto a lo largo de este estudio.

La opción de acotar la búsqueda por “prevaricación administrativa” y “prevaricación judicial”, obteniendo 39 y 194 sentencias respectivamente, resultó poco útil, dificultando la tarea. Tampoco coincidía, además, con el resultado total de sentencias alcanzadas con el primer filtro de “prevaricación”.

De todo ello, hemos llevado a cabo la selección de las resoluciones que nos parece mejor ilustran el recorrido del delito de prevaricación a lo largo del periodo histórico investigado (1870-1978), de lo que iremos dando buena cuenta en las siguientes líneas, anticipando que, efectivamente, la jurisprudencia al respecto no luce el ilícito penal en cuestión, encontrando poco nutrida la fundamentación de las resoluciones que puedan dotar del interés que merece a este delito de gran tradición en nuestra legislación penal. Esto es -precisamente- lo más remarcable.

Además, y como apuntamos al inicio de este trabajo, es reseñable la insuficiencia de la jurisprudencia, dato que ya ha sido señalado y recogido por distintos autores, de los que cabe subrayar las siguientes observaciones:

Octavio de Toledo y Ubieto, afirma que:

“Por lo que concierne a la jurisprudencia, es destacable, por contraste con la alta cifra negra de este delito, su escasez; además de la pobreza doctrinal de las sentencias, su carácter rutinario y repetitivo y del hecho de estar referidas casi en su totalidad a los estratos más inferiores y, podría decirse, esencialmente rurales de la Administración”¹⁷¹.

las resoluciones que siendo ‘injustas’ no provocan más que la apertura de la vía de recursos (resoluciones injustas, penalmente admisibles) y aquéllas que a lo anterior añaden la posible responsabilidad penal (resoluciones injustas tipificadas)” (Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, p. 390).

¹⁶⁹ Hava García, *Los delitos...*, p. 127: “En los casos de prevaricación judicial imprudente no basta con que la resolución sea injusta, como sucede en el tipo doloso, sino que debe ser ‘manifiestamente injusta’, lo que incide, según un sector de la Jurisprudencia, más que en el elemento objetivo de la prevaricación, en el tipo subjetivo y particularmente en la necesidad de que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución, se haya representado -culpa consciente o con representación- la posibilidad de la realización del tipo, habiendo confiado injustificadamente, al mismo tiempo, en la adecuación a Derecho de dicha resolución”.

¹⁷⁰ González Cussac, *El delito...*, p. 114.

¹⁷¹ Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, p. 42.

Añadiendo el mismo autor que:

“Por lo demás, el número de sentencias que el TS ha dictado sobre prevaricación administrativa es, efectivamente, muy reducido: en lo que se alcanza, veinticinco en total desde 1870 a 1979. Esta escasez, así como su limitado y prejuicista contenido, no pueden subvenirse con la jurisprudencia sobre prevaricación judicial que versa sobre elementos concomitantes a ambas prevaricaciones; puesto que, como en buena medida puede comprobarse en los oportunos lugares del estudio, es igualmente poca y mala”¹⁷².

Por su parte, Hava García, resalta que:

“Es más, si nos atenemos a la información suministrada por las bases de datos jurisprudenciales más prestigiosas, parece que durante la vigencia del CP1973 ni siquiera llegaron a aplicarse en resolución judicial alguna dos de los seis preceptos que tipificaban el dictado de una sentencia o resolución injustas por el Juez (en concreto, los artículos 352 -relativo a la sentencia injusta contra reo en juicio de faltas- y 353 -sentencia injusta en causa criminal a favor del reo-), y en ese período parece que tampoco hubo ningún fallo condenatorio en virtud de los artículos 351 (dictar sentencia injusta contra reo en causa criminal por delito) y 354 (dictar sentencia o resolución definitiva injustas en asunto no criminal). La primera condena por prevaricación judicial dolosa se hizo esperar hasta el 4 de julio de 1996, ya con el CP de 1995 en vigor, fecha en la que el Tribunal Supremo estrenó su escasa jurisprudencia sobre esta figura penal enjuiciando el primero de los pocos casos en los que, hasta el momento, ha dictado, o confirmado, sentencia condenatoria por la comisión de este delito”¹⁷³.

Además, Zugaldía Espinar, indica que:

“El estudio de la doctrina jurisprudencial sobre este delito -prevaricación judicial- (menos de treinta sentencias en ciento treinta años) en modo alguno permite hablar de una línea interpretativa pacífica, reiterada y sin fisuras, o de una doctrina cuidadosamente elaborada durante décadas. La jurisprudencia existente sobre este delito contiene fundamentaciones jurídicamente escuetas y dogmáticamente imprecisas”¹⁷⁴.

Ante el número tan exiguo de sentencias al respecto, Ramos Tapia, apunta a:

“La necesidad de una interpretación del delito que haga viable su aplicación y supere los obstáculos¹⁷⁵ que han hecho que los casos en que los Tribunales han condenado por el delito de prevaricación judicial no lleguen a la treintena desde 1870¹⁷⁶, referidos además la mayoría de ellos (salvo tres) a resoluciones de jueces municipales”¹⁷⁷.

Pues bien, expuesto el panorama que afrontamos de la historia jurisprudencial de los delitos de prevaricación, nos ha parecido lo más propicio -en aras a conseguir un cierto

¹⁷² Octavio de Toledo y Ubieto, *La prevaricación...*, p. 43.

¹⁷³ Hava García, *Los delitos...*, p. 32.

¹⁷⁴ Zugaldía Espinar, J. M., Prólogo a Ramos Tapia, *El delito...*, p. 22.

¹⁷⁵ Ramos Tapia, *El delito...*, pp. 29-30: “Es cierto que alguno de esos obstáculos lo eran de carácter procesal como la existencia del antejuicio y los estrictos requisitos de procedibilidad que imponía la LECr en el proceso especial contra Jueces y Magistrados antes de su derogación por la LO 5/1995 del Jurado (Disposición Adicional 1ª), pero también se advierten en el examen de la jurisprudencia los inconvenientes derivados de una interpretación injustificadamente restrictiva de un elemento esencial del tipo objetivo como es la *injusticia* de la resolución junto a la adicional exigencia de especiales elementos subjetivos en la conducta del juez”.

¹⁷⁶ La autora elabora en su obra (p. 544) un listado de jurisprudencia sobre prevaricación judicial, en donde se citan un total de 32 sentencias en el periodo histórico que abordamos nosotros.

¹⁷⁷ Ramos Tapia, *El delito...*, p. 29.

orden- exponer la relación de sentencias que siguen en función de los elementos del tipo más elementales y que la doctrina jurisprudencial ha podido recoger y señalar a lo largo de todo el periodo histórico contemplado (1870-1978).

A sabiendas (maliciosamente)

En este sentido, la primera sentencia que encontramos data de 1871¹⁷⁸, si bien hace referencia al delito de prevaricación del artículo 271 del Código penal de 1850 -conforme el 370 del vigente¹⁷⁹ (1870)- siendo necesario para que exista el delito de prevaricación: “que el empleado público, faltando a las obligaciones de su cargo, deje maliciosamente de promover la persecución y castigo de los delincuentes”, en un caso de abusos como Alcalde, relativos a no haber instruido diligencias a pesar de haberse denunciado varios hurtos de leña en los montes del término municipal.

En la siguiente sentencia¹⁸⁰, se aborda un caso por delito de prevaricación por estimarse maliciosa la omisión en que incurrió el Alcalde D. Blas Rodríguez -Alcalde de Alcudia- al dejar de promover la persecución y castigo de los culpables del hurto de que se dio noticia. Señalándose que: “para la existencia del mismo -delito de prevaricación- no basta la sola omisión del funcionario público que deje de promover la persecución y castigo de los delitos, sino que debe concurrir además como circunstancia esencial y constituyente la de que dicha omisión sea maliciosa”. Así, “de los datos consignados en la sentencia aparece que comprendía perfectamente su deber cuando reunió a los perjudicados para indagar de ellos si trataban de perseguir criminalmente el hurto; y que por contestarle negativamente no instruyó diligencia alguna ni produjo al Juez municipal la debida denuncia, actos que constituyen la malicia de la ley, que consiste en violar los preceptos legales manifiestamente y con pleno conocimiento de que se obra, como sucede en el caso presente, con infracción de los mismos”.

Igualmente, en otra resolución¹⁸¹, se considera que: “el error y la contradicción en las resoluciones judiciales, por patentes que aparezcan, no son supuesto que obligue a

¹⁷⁸ STS 640/1871 de 20 de abril (ponente Francisco Armesto). Cuello Calón recoge la misma sentencia: “La *malicia* es elemento integrante de este delito como claramente lo expresa el texto legal con la locución *maliciosamente*; la malicia hállase aquí constituida por la conciencia en el funcionario del deber de perseguir o castigar a los delincuentes; sin malicia no es aplicable este artículo; el T. S., de acuerdo con el texto legal, ha declarado que si no aparece probado que la omisión del funcionario sea maliciosa, no hay delito (20 ab. 1871); y que para su existencia es preciso que se acredite el propósito especialmente malo del juez” (Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 309).

¹⁷⁹ Cuello Calón, *El Nuevo...*, pp. 308-309: “Son sujetos de este delito todos los funcionarios que por razón de su cargo tengan el deber de promover la persecución y castigo de los delincuentes, los funcionarios judiciales: los jueces (de instrucción y municipales) y los funcionarios del ministerio fiscal y los funcionarios administrativos: gobernadores, alcaldes y todos los individuos que según el art. 283 de la ley de Enj. criminal componen la Policía judicial”.

¹⁸⁰ STS 535/1877 de 20 de octubre (ponente Manuel María de Basualdo). Sentencia que referencia también Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 309: “Incorre en este delito el alcalde que, noticioso de la comisión de un hurto, devuelve por sí y ante sí a los dueños respectivos los efectos hurtados y no instruye atestado ni pone el hecho en conocimiento del juez municipal (20 oct. 1877); el juez municipal que deja de prestar auxilio que reclama un herido y protege y encubre a los agresores, uno de los cuales era hijo suyo (9 jul. 1879); el alcaide que no pone en conocimiento de la autoridad competente la fuga de un preso (28 dic. 1895)”.

¹⁸¹ STS 950/1883 de 29 de enero (ponente Eduardo Martínez del Campo). Asimismo, referenciada por Cuello Calón, *El Nuevo...*, pp. 301-302: “La sentencia o resolución definitiva han de ser *manifiestamente* injustas; por tanto, las que sólo sean meramente injustas, pero no lleguen a serlo

inferir que, a sabiendas, o lo que es igual, con propósito conocido de quebrantar mandato legal, se dictaran providencias estimadas injustas en la propia conciencia del que juzga, que es elemento esencial del delito, definido en el art. 367 del Código penal”. Así, se hace alusión a la especial malicia como elemento integrante del tipo aludido, añadiendo que: “no puede establecerse en casación por conjeturas y suposiciones improbadas, según ha declarado esta Sala en ocasiones análogas...”, lo que hace pensar en las sentencias anteriores a las que hemos aludido.

Encontramos otro pronunciamiento¹⁸² que expresa que: “la locución a sabiendas¹⁸³, que determina el delito definido en el art. 363 del Código penal, exige que se justifique de una manera que no deje lugar a duda, que el agente obró a ciencia segura, con conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia, lo cual no existe cuando un Juez municipal, lego en Derecho, sin carrera profesional y de avanzada edad, es inducido por error por el Fiscal municipal que propuso la pena que él señaló”. Se trataba de un vecino del pueblo de Hermigua, en la Gomera, que presentó un escrito promoviendo antejuicio contra el Juez municipal de aquella localidad, D. Fernando Bento y Peraza, por haber éste cometido el delito de prevaricación, dictando en un juicio verbal de faltas, por lesiones a Juan Ramón Antonio Sánchez, sentencia injusta y a sabiendas.

Al respecto, Cuello Calón refiere:

“Que la sentencia se dicte *a sabiendas*, esto es con conciencia de su injusticia; según el TS, esta locución equivale a ‘ciencia segura, conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia’ (14 oct. 1884); en otro fallo, dice que es preciso que el reo obre con intención

manifiestamente, no estarán comprendidas en este artículo, pues como el T. S. ha declarado, la mera injusticia de las decisiones judiciales no es justificable (29 en. 1883)”.

¹⁸² STS 745/1884 de 14 de octubre (ponente Mateo de Alcocer). Igualmente, se señala en otra sentencia que: “Es menester que el Juez dicte o sentencia o providencia injusta a sabiendas, concepto este que exige que se justifique de una manera que no de lugar a duda que obró con conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia”. STS 451/1901 de 22 de noviembre (ponente Rafael de Solís Liébana). Esta última sentencia, también referenciada por Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 301: “Que el auto o providencia se dicten *a sabiendas* de su injusticia. Es pues elemento esencial la conciencia de la injusticia; según el T. S. la locución *a sabiendas* exige que se justifique de una manera que no de lugar a duda que obró con conciencia e intención deliberada de faltar a la justicia (22 nov. 1901); es precisa, declara en otro fallo, la comprobación indubitada de que el reo obró con intención deliberada de faltar a la justicia, no pudiendo hacerse responsable de este delito el juez que meramente haya cometido alguna infracción que pueda ser motivo de otras responsabilidades (10 en. 1900). Si el juez obra por error o ignorancia no incurre en este delito; el error de opinión, declara el T. S., no es por sí sólo justificable”.

¹⁸³ Al respecto, la STS 191/1919 de 13 de diciembre (ponente Federico Enjuto) recoge: “Que, según constante doctrina, para la calificación del delito de prevaricación es indispensable que la sentencia sea manifiestamente injusta y la dicte el juez a sabiendas, o sea con malicia y verdadera conciencia de su injusticia, no bastando por ende el mero error interpretativo o de aplicación de la ley”. En el mismo sentido, se expresa la STS 950/1930 de 3 de diciembre (ponente Alfonso Travado y Loste): “Se requiere que la resolución que se reputa injusta haya sido dictada por el Juez ‘a sabiendas’, cuyo concepto exige la justificación de que el inculpado procedió dolosamente o con conciencia e intención maliciosa y deliberada de faltar a la justicia, o que siendo manifiestamente injusta conste que se dictó con negligencia o ignorancia inexcusables”. Asimismo, la STS 2085/1972 de 30 de diciembre (ponente Benjamín Gil Sáez), al decir: “A sabiendas, es decir, con conciencia e intención dolosa de faltar a la justicia, ..., habida cuenta que el concepto de prevaricación que dicho precepto punitivo prevé y sanciona radica en adoptar una resolución injusta a la requerida por el asunto en que el funcionario interviene por razón de su cargo, surgiendo el delito, a la vida legal cuando, de una parte, se dicta o toma una resolución administrativa injusta, y de otra, el sujeto activo tiene conciencia de la ilegalidad o arbitrariedad de la misma, y ambos elementos esenciales”. También, la STS 222/1879 de 11 de noviembre (ponente Luciano Boada): “Que es forzoso y necesario al concepto legal de prevaricación, según la letra del ya transcrito art. 369, que esa injusticia se cometa a sabiendas, o sea con el convencimiento de que se ejecuta una acción reprobada”.

deliberada de faltar a la justicia (10 en. 1900¹⁸⁴); ambas sentencias ponen igualmente de relieve que para la existencia del delito es necesario probar de manera que no deje lugar a duda que el agente obró con la mencionada intención. Esta condición, según declaran varias sentencias, no puede deducirse de presunciones y conjeturas dimanadas del concepto mismo de la injusticia de la resolución (11 nov. 1879, 14 mayo 1883). También ha declarado el T. S. que el mero error en la interpretación o aplicación de las leyes no constituye este delito (31 en. 1914, 14 marzo 1914¹⁸⁵, 13 dic. 1919)¹⁸⁶.

Asimismo, se pronuncia la siguiente sentencia¹⁸⁷:

“Que aun en el supuesto de que algunas de las resoluciones dictadas por el Juez de primera instancia para llegar a la constitución del Consejo de familia y tutela de los menores no fuesen acertadas, sino contradictorias y faltas de fijeza, no puede afirmarse se quebrantase con ellas la ley a sabiendas, ni que fuesen acordadas por móviles ajenos al cumplimiento del deber, faltando, en su consecuencia, los elementos integrantes del delito sancionado en el art. 367 del Código penal”. Así, en el considerando se establece: “que aun cuando algunas de las resoluciones dictadas por el Juez de instancia de Jijona en el expediente base de la querrela, no tuvieron sólido apoyo en los preceptos de la ley, o envolvieran contradicción demostrativa de falta de fijeza o cambio de criterio, no serían supuestos que obliguen a afirmar que a sabiendas, o sea con un propósito conocido de quebrantar mandato legal, se hayan dictado resoluciones estimadas como injustas, antes bien, en la sentencia recurrida se sostiene que no lo fueron en sí, ni consta que el citado Juez se dejara influir por móviles ajenos al cumplimiento de su deber, faltando, por lo tanto, los elementos esenciales que caracterizan la comisión del delito que se castiga en el art. 367 del vigente Código”¹⁸⁸.

Otra sentencia¹⁸⁹ establece que: “considerando que el delito de prevaricación, definido y sancionado en el artículo 363 del Código Penal de 1932, que tiene su equivalente en el 358 del ordenamiento jurídico en vigor, preceptos redactados en términos idénticos, se ejecuta y nace a la vida legal cuando concurren los elementos esenciales de que el funcionario público de que se trate haya dictado una resolución en asunto administrativo, que la misma sea injusta, y que lo hubiere efectuado a sabiendas de esta condición o por negligencia o ignorancia inexcusables, siendo, por lo tanto, el más destacado, en la primera modalidad, la especial de malicia, esto es, con intención

¹⁸⁴ STS 120/1900 de 10 de enero (ponente Juan de Aldana).

¹⁸⁵ STS 559/1914 de 14 de marzo (ponente Andrés Tornos y Alonso).

¹⁸⁶ Cuello Calón, *El Nuevo...*, pp. 297-298.

¹⁸⁷ STS 703/1910 de 16 de mayo (ponente Ricardo Juan Ortiz).

¹⁸⁸ Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 300: “Según el T. S. incurren en este delito el juez de primera instancia que dispone de efectos embargados en juicio ejecutivo ante su tribunal, ordenando al depositario, primero verbalmente y después por medio de un volante, se los entregara a un tercero, el cual los vendió por cuenta del juez, habiendo éste después reintegrado su valor y todos los gastos ocasionados (24 jun. 1889); el juez municipal que, habiendo conocido de un juicio en primera instancia, no se abstiene voluntariamente del conocimiento del mismo en grado de apelación, ni accede a la recusación, sea cual fuera la forma en que se le propusiera (14 mar. 1904); el juez de primera instancia que admite escritos y dicta resoluciones en autos civiles suspendidos, por hallarse pendiente una acción criminal en curso, niega pretensiones encaminadas a reparar por sí o en alzada los agravios a una parte inferidos, y sigue entendiendo en asunto en que es recusado, a pretexto de cumplir órdenes de la superioridad, que en parte desatiende (25 diciembre 1885); el que dicta providencia suspendiendo la tramitación de un juicio verbal hasta que el demandado satisficiera las costas por él causadas si fue dictada a sabiendas de su injusticia (20 feb. 1906); el que en sumario por muerte de un obrero impone al dueño del terreno donde ocurrió la desgracia, la obligación de practicar determinados trabajos y le reclama una cantidad que destinó en parte a tal fin, si fue dictada a sabiendas de su injusticia y de su arbitrariedad (20 feb. 1906); el juez de instrucción interino que admite una querrela por hechos que le constaba habían sido objeto de otro sumario sobreseído provisionalmente, y sin diligencia alguna acuerda el procesamiento (12 feb. 1909)”.

¹⁸⁹ STS 902/1948 de 13 de enero (ponente José María Castello y Madrid).

deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto que realizaba, y, en la segunda, que la evidencia de la injusticia sea tan manifiesta que excluya la más leve duda en las personas superficialmente entendidas en derecho y prácticas administrativas”.

De la misma manera, “a sabiendas”, como elemento fundamental: “que el delito de prevaricación, previsto en el art. 369 del Código penal¹⁹⁰, requiere como nota esencial la infracción a sabiendas de la ley, y por ello la realización maliciosa de un acto injusto”¹⁹¹. Asimismo: “obró maliciosamente, ‘a sabiendas’, o por ignorancia inexcusable, factores indispensables para integrar el delito de prevaricación”¹⁹².

Recoge, también, Cuello Calón: “que se dicte *a sabiendas*, es decir, con conciencia de su injusticia; sin la concurrencia de este elemento, el hecho no es punible. Así lo ha declarado el T.S.; la injusticia de una resolución, manifiesta en algunos de sus fallos, no es por sí misma penable, los acusados han de haber procedido a sabiendas de que infringían sus deberes (8 oct. 1879, 30 noviembre 1900); para este tribunal la locución *a sabiendas* es equivalente a cometer el hecho con la malicia de ejecutar una acción reprobada (8 oct. 1879); la concurrencia necesaria de este elemento malicioso exíjese en otros varios fallos (20 noviembre 1879, 13 feb. 1900¹⁹³, 5 jun. 1899)”¹⁹⁴.

En esta otra ocasión¹⁹⁵, se alude al art. 368, párrafo 2.º del Código penal de 1870, diciendo: “incurre en responsabilidad el Juez culpable de retardo malicioso en la administración de justicia, cuando la omisión de proveer o de ejecutar lo que el desempeño del deber y la obediencia a la ley exijan, es intencionada y dolosa”. Añadiendo la resolución: “que la base fundamental del delito de retardo en la administración de justicia se apoya en la improcedencia consciente de las resoluciones dictadas con ánimo de producirle, o en la realidad de éste, independientemente de aquéllas”. La demanda promovida por el Alcalde y Síndico del Ayuntamiento ante el Juez municipal de Durcal no fue admitida por falta de cédula personal de los demandantes, después porque tenían que probar que eran Alcalde y Síndico, en otro auto por no ir en papel correspondiente, en otro porque no aparecía la certificación de la designación hecha por el Ayuntamiento, y después no se pudo celebrar el juicio, por falta de papel y posteriormente negó a los demandados capacidad, etc.

Otra sentencia de interés¹⁹⁶, relata que: “considerando que el delito de prevaricación, previsto en el artículo 370 del Código penal de 1870, concordante con el

¹⁹⁰ Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 307: “Según el T. S., para la genuina aplicación de este artículo es indispensable la existencia y planteamiento de un negocio contencioso-administrativo o meramente administrativo en cuyo tracto o terminación se consulte o dicte providencia o resolución injustas (18 ab. 1888); según el mismo tribunal cometen la injusticia prevista en este artículo, los concejales que declaran a un mozo exento del servicio militar, como hijo único de padre pobre y sexagenario, cuando tenía otro hermano que cumplía los 17 años antes de la terminación del correspondiente reemplazo (9 nov. 1889); los concejales que, a sabiendas de que adoptaban una resolución injusta, destituyen o exoneran a otro concejal de este cargo y del de teniente alcalde (5 jun. 1899); comete este delito y el del art. 579 (753 del nuevo Código) con aplicación del 90 (164 del nuevo Código), el alcalde que ordena la demolición de parte de un edificio apartándose de las órdenes del gobernador, no por error de interpretación, sino por censurables móviles privados (9 feb. 1886)”.

¹⁹¹ STS 308/1900 de 30 de noviembre (ponente Juan de Aldana).

¹⁹² STS 3887/1978 de 10 de junio (ponente Benjamín Gil Sáez).

¹⁹³ STS 152/1900 de 13 de febrero (ponente Juan de Aldana).

¹⁹⁴ Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 307.

¹⁹⁵ STS 368/1883 de 16 de febrero (ponente Eduardo Martínez del Campo).

¹⁹⁶ STS 1439/1932 de 27 de diciembre (ponente Vicente Crespo Franco).

364 del vigente, requiere como elemento para que nazca a la vida del derecho punitivo, que se trate de un funcionario público, que por razón de las funciones propias de su cargo, tenga la obligación ineludible de promover la persecución y castigo de los delincuentes, y que haya faltado maliciosamente al cumplimiento de este inexcusable deber, esto es, que conscientemente o con intención dolosa incurra en tal”.

Injusticia, malicia, error, ilegalidad

Expresa la siguiente sentencia¹⁹⁷ que: “considerando que esto es de suyo tan forzoso y necesario al concepto penal de la prevaricación, como que según la letra del art. 369 transcrito, la injusticia de una resolución no es por sí misma penable, sino ante la demostración de cometerla a sabiendas¹⁹⁸, o lo que es lo mismo, con la malicia de ejecutar una acción reprobada”.

En otra resolución¹⁹⁹, se dicta que: “el primero y sustancial elemento que ha de concurrir para que exista el delito de prevaricación es que se haya dictado providencia interlocutoria injusta, en términos de que la intención, aun en el caso de que pudiera aparecer dolosa, está siempre subordinada a aquel primordial requisito porque la responsabilidad criminal sólo se da cuando hay lesión de Derecho, con sanción de ese orden establecido en la ley”.

Así, la sentencia que sigue²⁰⁰ expone: “que para que exista el delito de prevaricación, fundado en el pronunciamiento de providencias interlocutorias injustas, es elemento esencial de la delincuencia el propósito y voluntad consciente de infringir la ley, sin que sea bastante el que se haya dictado resolución injusta para que el hecho se considere justiciable”. Añadiendo en el considerando que: “el mero error en la aplicación de las leyes no es base de responsabilidad criminal para el que incurre en él, si no es por causa de negligencia o ignorancia inexcusable, que sólo existe, en concepto de la ley, cuando envuelve una injusticia de aquellas que no pueden explicarse por una interpretación razonable de la misma, y resulta de un modo claro e indiscutible la notoria violación del precepto legal”.

En relación al error, se alude en la siguiente sentencia²⁰¹: “que para que se entienda cometido el delito de prevaricación que castiga el art. 309 del Código penal, es indispensable que se dicte o consulte una providencia o resolución injusta a sabiendas de que lo es, pues aunque se incurra en error, éste no constituye por sí solo dicho delito”. Aquí se habla de que “no hubo providencia escrita, ni se dictó a sabiendas de que fuera injusta, pues faltaba su principal elemento, o sea la malicia, ni podía sostenerse tampoco

¹⁹⁷ STS 739/1879 de 8 de octubre (ponente Luciano Boada).

¹⁹⁸ Igualmente, “para la existencia de dicho delito es preciso que, además de la injusticia que envuelva la resolución que se dicte, se verifique a sabiendas”. STS 237/1879 de 20 de noviembre (ponente José Muñoz Alaiz).

¹⁹⁹ STS 6/1916 de 8 de julio (ponente Francisco García Goyena).

²⁰⁰ STS 733/1911 de 25 de enero (ponente Juan de Dios Roldán).

²⁰¹ STS 991/1883 de 14 de marzo (ponente Rafael Alcaraz y Ramos). Asimismo: “Que la aplicación de los artículos 366 y 367 del Código penal requiere que la sentencia sea manifiestamente injusta o haya sido dictada por negligencia o ignorancia inexcusables, o bien que la providencia injusta la profiera el Juez a sabiendas, o sea con malicia y verdadera conciencia de su injusticia, sin que baste a calificar dichos delitos de prevaricación el mero error interpretativo o aplicatorio de las leyes, dada la falibilidad de la inteligencia humana”. STS 513/1914 de 31 de enero (ponente Federico Mejuto).

que hubo ignorancia o negligencia inexcusable, atendiendo a las circunstancias del hecho y del delincuente”.

Otra resolución²⁰² menciona: “que el mero error en la aplicación de las leyes no constituye base de responsabilidad para quien le comete, si no incurre en él por negligencia o ignorancia inexcusables que impliquen una injusticia manifiesta reveladora de modo claro y evidente de una notoria violación de un precepto legal”.

En otra sentencia²⁰³ se valora el error, diciendo: “que limitada la cuestión del recurso a si existe delito de prevaricación por el hecho de tramitar un Juez municipal dos demandas por cantidad de 220 pesetas e intereses que sumados con el principal daban una cantidad mayor de la que por tal razón es materia de un juicio verbal, no es posible inducir presunción alguna de criminalidad, ya que tal error es subsanable en la vía, civil, y no arguye malicia por parte del Juez ante el hecho de que el Fallo condenó por cantidad inferior a la que cabía dentro de las facultades del Juzgado”.

En el mismo sentido, otra resolución²⁰⁴ trae a colación: “que aparte de la injusticia cometida a sabiendas, el error en la aplicación de las leyes no constituye base de responsabilidad para quien le comete, si no se incurre en él por negligencia o ignorancia inexcusable²⁰⁵. Que el error inexcusable sólo existe, en concepto de la ley, cuando implica una injusticia manifiesta, es decir, una injusticia de aquellas que no puede explicarse por una interpretación razonable, siquiera sea equivocado el juicio de la ley que se aplica, resultando, por el contrario, de una manera clara e indiscutible, lógica y racionalmente, la notoria violación del precepto legal. Que incurre en error de derecho la Sala sentenciadora al calificar una sentencia de manifiestamente injusta por ignorancia inexcusable, cuando los supuestos errores o equivocaciones que hubiera podido cometer quien la dictara no tienen el carácter de inexcusables en el sentido antes expresado”.

Con respecto a la sentencia anterior, opina Toscano Tinoco que:

“Se puede decir que en la jurisprudencia antigua no existe tanto interés por definir la injusticia de la resolución como por determinar la conciencia que de la ilegalidad tenía el juez al pronunciarla, siendo ello determinante para afirmar o descartar la prevaricación²⁰⁶.”

²⁰² STS 959/1929 de 13 de noviembre (ponente Alfonso Travado y Loste).

²⁰³ STS 987/1907 de 22 de noviembre (ponente José Ciudad Aurióles).

²⁰⁴ STS 807/1891 de 19 de febrero (ponente José de Aldecoa). También referenciada por Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 302: “Este tribunal entiende por injusticia manifiesta, una injusticia de aquellas que no pueden explicarse por una interpretación razonable, siquiera sea equivocado el juicio de la ley que se aplica, sino por el contrario, resalta por modo claro e indiscutible, lógica y racionalmente, la notoria violación de un precepto legal (19 feb. 1891)”.

²⁰⁵ “*Negligencia* es equivalente a descuido o abandono en el cumplimiento de los deberes profesionales. *Ignorancia* equivale a desconocimiento, o conocimiento equivocado de las leyes o del asunto civil o criminal que se ventile. Ambas han de ser *inexcusables*; si admiten excusa el hecho no integra este delito, pues el mero error en la aplicación de las leyes declara el T. S., no constituye base de responsabilidad (19 feb. 1891)”. *Ibid.*, p. 303. “También había considerado este Tribunal que hay negligencia o ignorancia *inexcusables* cuando implican injusticia manifiesta de las que no pueden explicarse por una interpretación razonable (19 feb. 1891, 25 en. 1911, 24 ab. 1912); el mismo ha declarado que es *excusable* la ignorancia siendo el juez municipal lego en derecho, sin carrera profesional, mayor de 64 años e inducido a error por el fiscal municipal (14 de octubre 1884). La apreciación de si la negligencia o ignorancia son excusables o no, es una cuestión de hecho que ha de quedar al arbitrio del Tribunal” (Cuello Calón, *El Nuevo...*, pp. 303-304).

²⁰⁶ Toscano Tinoco, *Prevaricación...*, p. 64: “Así por ejemplo, SSTS de 9 de marzo de 1910, 16 de mayo de 1910, 31 de enero de 1914 o 3 de diciembre de 1930. En esta última, ‘se refiere (en el tipo delictivo) de modo indispensable que la resolución que se repunte injusta haya sido dictada por el Juez a

De ahí que, como pone de relieve García Arán, se utilicen los términos injusticia e ilegalidad de forma alternativa sin gran preocupación por profundizar en su distinción, más partiendo de que se ha de tratar de una injusticia manifiesta. En este sentido, por ejemplo, en STS de 19 de febrero de 1891, se la define como ‘injusticia de aquellas que no pueden explicarse por una interpretación razonable, siquiera sea equivocado el juicio de la ley que se aplica, sino que, por el contrario, resalta por modo claro e indiscutible, lógica y racionalmente la notoria violación del precepto legal’²⁰⁷.

Igualmente, apunta Cuello Calón:

“Que la sentencia sea injusta, es decir, no ajustada a las leyes. Acerca de este punto el T. S. declara que estableciendo en lo criminal el juicio de conciencia para la apreciación de las pruebas, la expresión del convencimiento íntimo del juzgador, formado por el conjunto de ellas y por todos los datos o elementos que integren su criterio en la declaración de hechos probados, no pueden servir de base, por regla general, dado su carácter subjetivo, a una impugnación eficaz encaminada a demostrar la injusticia del fallo a los efectos del delito de prevaricación (9 en. 1906)”²⁰⁸.

En efecto, así nos dice otra resolución²⁰⁹ que: “según los términos del Capítulo I, Título VII, Libro II, del Código Penal, en la prevaricación la injusticia ha de determinarse o a sabiendas, o por ignorancia o negligencia precisamente inexcusables, a nada de lo cual se alude en el escrito, sin que pueda inferirse una intención insidiosa o velada”.

En otro pronunciamiento²¹⁰, la Sala dice al respecto: “considerando que el delito de prevaricación, previsto en el artículo 363 (369 del de 1870), se da cuando un funcionario público dicta resolución injusta en negocio administrativo, a sabiendas de la ilegalidad de sus actos, no siendo preciso que obre dentro de la estricta esfera de su competencia, pues la injusticia de la resolución puede consistir precisamente en salirse de aquélla, sino que basta sea dictada con motivo u ocasión de las funciones que le están encomendadas”.

Ignorancia inexcusable

Siguiendo con la ignorancia inexcusable, la sentencia²¹¹ siguiente remite: “que conforme ha establecido la doctrina del Tribunal Supremo, es inexcusable la ignorancia, a los efectos del art. 366 del Código penal, cuando la resolución que se estima injusta, aun dictada sin intención de prevaricar, resulte tan contraria a derecho que excluya toda razonable interpretación, y como la resolución que es materia del recurso fue acordada a petición del Fiscal municipal y después de oír sobre ella al que era objeto de la acusación, y como además el Juzgado, apreciando en conjunto las pruebas practicadas, y especialmente los documentos aportados al juicio, estimó improcedente la denuncia, y, finalmente, resultando que apelado el auto ante el Juzgado de instrucción, al revocarle restableció el imperio de la ley y subsanó el error que pudo ser cometido, es manifiesto que los hechos en que se funda la querrela del Fiscal contra el Juez y Adjuntos del Tribunal municipal por el delito de prevaricación, no revisten caracteres de tal delito, ni de otro alguno, y al desestimar su admisión, no incidió la Audiencia en el error motivo

‘sabiendas’, cuyo concepto exige la justificación de que el inculpado procedió ‘dolosamente o con conciencia e intención maliciosa y deliberada de faltar a la justicia’.

²⁰⁷ Toscano Tinoco, *Prevaricación...*, p. 64.

²⁰⁸ Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 297.

²⁰⁹ STS 1568/1960 de 22 de abril (ponente Luis López Ortiz).

²¹⁰ STS 1508/1934 de 28 de diciembre (ponente José Antón Oneca).

²¹¹ STS 528/1912 de 24 de abril (ponente Juan Francisco Ruiz Andrés).

del recurso”. Añadiendo: “que siendo preciso para la existencia del delito de prevaricación, objeto de la querrela, que la sentencia que se reputa injusta, sea tan manifiestamente contraria a la ley, que no sólo ponga de relieve el absoluto desconocimiento de la misma, sino que excluya toda razonable interpretación”, siendo fundamental el determinar con precisión en qué circunstancias estriba la manifiesta injusticia.

Del mismo modo²¹², “la negligencia o ignorancia características del delito de prevaricación, han de implicar una injusticia manifiesta que no pueda explicarse por una interpretación razonable, doctrina que tratándose de un caso de desahucio, se robustece con la consideración de que en tal juicio no es lícito hacer fundamentales declaraciones de derecho sobre cuestiones que sólo pueden ventilarse en otro debate más amplio y están restringidas las pruebas practicables”. Asimismo, “considerando que el delito de prevaricación que define el art. 366 del Código penal se comete por el Juez que por negligencia o ignorancia inexcusable, dicta sentencia en causa civil o criminal que sea injusta de modo manifiesto, doctrina que se complementa con la que se contiene en el art. 262 de la ley Orgánica del Poder judicial, que al indicar cuándo debe entenderse que la ignorancia o la negligencia son inexcusables, fija las bases de un criterio racional y humano”.

Igualmente²¹³, “cabe decir, que para que una resolución pueda entenderse dictada por ignorancia inexcusable, se hace preciso que la reputada de injusta, aunque dictada sin intención, sea tan patente contraria a la Ley, que no pueda explicarse por una interpretación razonable, siquiera sea equivocada y resulte de modo indiscutible y lógico la violación de un precepto legal; y así no puede decirse que el acuerdo de abstención de conocer del Juez Comarcal en las demandas de conciliación promovidas por el que hoy recurre, fuera una violación abierta e inexplicable de un precepto legal”.

Asimismo, la resolución²¹⁴ que concluye que: “el delito de prevaricación definido en el art. 366 del Código penal, integrado por la inexcusable negligencia o ignorancia en el Juez de la ley al dictar sentencia injusta en asuntos civiles o criminales, requiere, según doctrina del Tribunal Supremo, interpretando dicho artículo y el 262 de la ley Orgánica del Poder judicial, que la resolución judicial sea tan manifiestamente contraria a las leyes, que revele un absoluto desconocimiento de ellas y excluya toda posibilidad de equivocada interpretación; pues dado lo falible del juicio humano, sólo concurriendo tales circunstancias, es justo exigir la responsabilidad criminal por omisión constitutiva de culpa”. En este caso, se relata que: “si bien la sentencia pronunciada por un Juez municipal imponiendo a la madre del acusado la responsabilidad civil, consecuencia de la criminal en un juicio de faltas, infringió lo prevenido en los artículos 18 y 19 del Código, toda vez que aquélla tiene carácter personal, tal equivocación supone un error,

²¹² STS 75/1915 de 23 de febrero (ponente Francisco de Paula Mifsut y Macon). Igualmente, la STS 305/1902 de 28 de enero (ponente José María Barnuevo): “Considerando que con arreglo a lo que dispone el art. 366 del Código penal, comete delito de prevaricación el Juez que por negligencia o ignorancia inexcusables dictare en causa civil o criminal, sentencia manifiestamente injusta; y según el 262 de la ley orgánica del Poder judicial, se tendrán por inexcusables la ignorancia y la negligencia cuando, aunque sin intención, se hubiera dictado providencia manifiestamente contraria a la ley, o se hubiera faltado a algún trámite o solemnidad mandada observar por la misma bajo pena de nulidad; precepto este último consignado al tratar de la responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados, pero que es aplicable a la criminal, en cuanto que aquél define la significación de palabras que la ley penal emplea”.

²¹³ STS 1685/1950 de 17 de junio (ponente Napoleón Ruiz Falco).

²¹⁴ STS 620/1910 de 9 de marzo (ponente Juan de Dios Roldán).

más o menos excusable, por tratarse de un inculpado de veintidós años, y, por tanto, menor de edad y creer el Juez podía aplicarse al caso el art. 1906 del Código civil y el párrafo 1.º del citado art. 19 del Código penal; error de concepto que cuando está regido por un propósito honrado, no encaja en la esfera criminal con tanta más razón, cuanto la omisión podía ser subsanable por el recurso de apelación que no se utilizó y que hubiera podido reformar el desacierto cometido por el Juzgado inferior”.

Concepto funcionario público

En otra sentencia²¹⁵, se recoge el concepto de funcionario público, siguiendo el Código penal: “considerando que según el art. 416, para los efectos del título en que está comprendida esta disposición legal, se reputa funcionario público todo el que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular, o por nombramiento de Autoridad competente, participa en el ejercicio de funciones públicas, y que por consecuencia los Alcaldes son verdaderos funcionarios públicos en el desempeño de sus atribuciones”. Se trata de un Alcalde denunciado por no haber practicado ninguna actuación judicial para averiguar los autores de un crimen, esperando la venida del Juez de primera instancia, que no pudo llegar hasta la tarde del día siguiente.

Encontramos un caso de estafa, pero que también considera que entraña delito de prevaricación²¹⁶, dado que se había perpetrado en el ejercicio de un cargo militar de activo servicio, afectando a él la subordinación del Jefe de quien el autor dependía inmediatamente, siendo por ello puramente militar, pero que han procedido -según la sentencia- como agentes de las Autoridades administrativas o judiciales, por lo que no se perpetró en el ejercicio de funciones puramente militares correspondientes al servicio activo del Ejército. Equiparándose, por tanto, a funcionario público.

En otro pronunciamiento²¹⁷, se considera: “que los Abogados, de conformidad al Estatuto General de la Abogacía, de 28 de junio de 1946, son personas que efectúan una profesión libre (artículo sexto), dedicada a la tutela jurídica de los intereses públicos particulares (artículo primero) que se les confían, a medio de un contrato privado de arrendamiento de servicios, y que meramente colaboran -y no se integran- en la función pública de la Administración de Justicia, por cooperar a ella defendiendo en Derecho los intereses que les están encomendados (artículo 26), por lo que, como ya estableció la doctrina de esta Sala en su añeja sentencia de 9 de febrero de 1894, no son funcionarios públicos a efectos penales, y han corroborado las resoluciones más recientes de 20 de mayo de 1960 y de 18 de marzo de 1971²¹⁸, porque sin desconocer su esencial y alta misión dentro de la justicia, que tanto les prestigia y enaltece, y que resulta indispensable para la adecuada resolución de los conflictos de intereses públicos o privados, no se hallan comprendidos en ninguno de los modos o formas a virtud de los cuales se participa penalmente en el ejercicio de la función pública: designación de la ley, elección o nombramiento por autoridad competente, al menos en los casos de contrato particular de defensa procesal civil, siendo tal profesión, liberal, de mera postulación privada y de índole bien distinta a la pública función de administrar justicia, desempeñada por los Jueces y funcionarios de él dependientes, así como los miembros del Ministerio Fiscal, estimados a estos efectos como autoridad por el artículo 119 del Código Penal, pues dicha

²¹⁵ STS 865/1872 de 21 de diciembre (ponente Francisco Armesto).

²¹⁶ STS 698/1875 de 23 de diciembre (ponente José María Herreros de Tejada).

²¹⁷ STS 1263/1973 de 23 de abril (ponente Ángel Escudero del Corral).

²¹⁸ STS 1937/1971 de 18 de marzo (ponente José Espinosa Herrera).

condición personal de meros cooperadores de la función de administración de justicia, sin título o cualidad oficial, únicamente supone que colaboran a la misma, pero no que se hallen adscritos o incorporados, sino al margen del complejo órgano jurisdiccional del Estado que administra justicia, por actuar en defensa de intereses particulares, aunque su quehacer intelectual tienda a conseguir el fin de la justicia misma”.

Se distinguen también, a los Secretarios judiciales, en el pronunciamiento que sigue²¹⁹: “considerando que el artículo 359 del Código Penal se refiere indistintamente a todo funcionario público que esté obligado a promover la persecución y castigo de los hechos punibles, en cuyo caso se encuentran los Secretarios judiciales al recibir las denuncias, según ya declaró la sentencia de este Tribunal de 14 de junio de 1951²²⁰, pues si maliciosamente dejan de cursarlas y las utilizan con ánimo de lucro, simulando una tramitación legal y una sanción pecuniaria, como si hubiera sido impuesta por el Juzgado o Tribunal correspondiente”.

Del mismo modo, en otra sentencia²²¹, se establece que el Juez municipal que impone una multa injustamente a un Alcalde, y para llevarla a efecto embarga y vende bienes del multado prescindiendo de las formalidades establecidas, comete el delito penado en el art. 363 del Código penal, y no el que define el 369, refiriéndose a funcionarios no judiciales.

Principio de intervención mínima

Hemos encontrado muy interesante la sentencia²²² siguiente en relación a la intervención mínima del Derecho penal en las conductas típicas que nos ocupan: “considerando que es observancia bien notoria por parte de los Tribunales de Justicia la parquedad aplicativa del artículo 358 del Código Penal, así como de los restantes preceptos punitivos en que vienen a criminalizarse irregularidades funcionariales cuyo ordinario remedio corresponde, por principio, al propio orden administrativo, dentro de sus ‘adecuados cauces, y eventualmente y en definitiva, a la rama jurisdiccional competente al efecto, que es la de lo contencioso-administrativo, sin que sea prodigable la intervención de los órganos judiciales represivos, de tal manera que esto llegara a traducirse, en el fondo, en usual e inmoderada revisión en lo penal de la cotidiana actividad administrativa, lo que ha de contraerse a aquellos supuestos de excepción en que el delito funcional aflora como realidad inequívoca y relevante, bien fuere a título de dolo o incluso en su modalidad culposa en casos de inexcusable incuria, penados en la Ley, para lo que, según datos significativos susceptibles de atraer para la conducta en

²¹⁹ STS 1624/1964 de 30 de marzo (ponente Jesús García Obeso).

²²⁰ STS 910/1951 de 14 de junio (ponente Napoleón Ruiz Falco): “Que incurre en el delito que define y sanciona el artículo 359 del Código Penal el Secretario judicial que oculta lo que se tramaba al haberse llegado a un acuerdo entre denunciante y denunciado e indica a aquél el procedimiento malicioso a seguir para encubrir o destruir el hecho delictivo de daños que se perseguía, consistente en redactar un documento en que aparecieran vendidos por un hijo de dicho denunciante los chopos dañados o talados por el denunciante, poniendo a tal documento fecha anterior a la denuncia; pues con voluntad maliciosa dejó de promover la persecución y castigo de un hecho punible, al faltar a su deber de dar cuenta de ello a la Autoridad judicial a quien servía”.

²²¹ STS 808/1883 de 21 de diciembre (ponente José de Aldecoa). Igualmente, citada por Cuello Calón, *El Nuevo...*, p. 298: “Una sentencia injusta. El T. S. ha considerado también como sentencia para los efectos de este artículo (CP 1928 – art. 413 párrafo 3 – concuerda con el art. 363 del Cód. de 1870) la injusta imposición por un Juez municipal a un alcalde de una multa de 20 ptas. que hizo efectiva por vía de apremio (21 dic. 1883). Es indiferente que la sentencia se haya ejecutado o no”.

²²² STS 4584/1978 de 2 de noviembre (ponente Jesús Sáez Jiménez).

cuestión, tal rigurosa valoración, ya de carácter penal, la meridiana claridad del deber conculcado en cada caso y el grado de obstinación, contumacia o abierto desprecio de la vinculante legalidad mostrado por el funcionario infractor en su desentendimiento de lo que inexcusablemente debió hacer u omitir”.

Asimismo, nos parece digno de mención referenciar una sentencia²²³ que -si bien aborda un caso de adulterio- hace mención del delito de prevaricación en cuanto a las obligaciones que le competen a nuestros jueces: “considerando que si el delito, es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, por crearla nociva socialmente para la adecuada convivencia, y por eso a través del mismo, protege bienes jurídicos determinados, como soportes de la persona para autorrealizarse comunitariamente, es indudable que pertenece a la voluntad de dicho legislador la misión, de estimar qué bienes jurídicos debe proteger -que generalmente han de ser de toda la sociedad y no de minorías-, a medio de la norma penal, como imposición coactiva institucionalizada, porque merezcan y necesiten tal tutela, y una vez establecida la norma típica, configurando el delito y su pena, que evita el arbitrio ilimitado del ‘ius puniendi’ del Estado, empieza a operar el sagrado principio de la legalidad, propio del derecho natural y de la defensa de la persona humana, con el predominio de la seguridad jurídica, que recoge nuestro Código Penal en sus artículos 1, 2, 23, 49, 80 y 81 y que impone un doble límite al Juez Penal a quien compete juzgar sobre el delito: de un lado, no reprochar ni castigar conductas que no se hallen tipificadas en el cuerpo punitivo común o especial; y de otro, no dejar de hacerlo, con aquellos comportamientos que encajen en tales tipos, pues de omitir su aplicación, siendo procedente, incurre en la responsabilidad criminal, que determinan los delitos de prevaricación, pues el deber de respetar la ley, resulta esencial para el Juez, que no puede criticar el concepto jurídico del delito, y menos dejarlo de aplicar, por virtud de las concepciones extra- jurídicas que pueden estar vigentes en la sociedad”.

Y en el siguiente “considerando”, concluye la misma sentencia diciendo que: “por fin, dando efectividad a la anterior doctrina, ha de rechazarse, el que la defensa de Gabriel denominara ‘motivo no articulado y subyacente’ el que propone, invocando las que denomina corriente doctrina científica y opinión social, la no aplicación del delito de adulterio, para reprimir las conductas que supongan infidelidad de la mujer, que sólo deben operar como causa de separación perpetua de los cónyuges, pues al realizar tal petición, no repara en la imperatividad del principio de la legalidad para el Juez Penal, y como debe aplicar el artículo 449 del Código Penal, por hallarse vigente por la voluntad imperativa del legislador español de ‘lege data’, no correspondiendo al Juez, facultades legislativas ni derogatorias, sin incurrir en responsabilidad criminal, así como tampoco, las valoraciones de política criminal, sobre tutela de bienes tipificados, sin perjuicio de ejercitar las valoraciones socio-culturales en aquellos supuestos en que el delito aplicable le permita por su contenido, estimar las condiciones comunitarias, sus valores éticos y la moralidad imperante; y como esto último no sucede en el caso de examen, y el delito de adulterio se encuentra vigente y no derogado, ha de ejercer su importante misión, acatando la ley dada, en tanto que de *lege ferenda* o de derecho constituyente, no se derogue tal delito”.

Por lo demás, encontramos sentencias en las que si bien se colige la existencia de denuncias interpuestas durante todos estos años por delitos de prevaricación, no se entra a resolver por inadmisión del recurso, meramente por cuestiones formales: no se cita el

²²³ STS 715/1976 de 27 de febrero (ponente Ángel Escudero del Corral).

artículo de la ley que lo autorice y las leyes que se supongan infringidas²²⁴, por cuestión de competencia²²⁵, o bien que guarde la necesaria congruencia la pretensión con lo dispuesto en la ley para la admisión de la casación²²⁶.

Además, hemos topado con otros supuestos en donde no se entra a valorar ninguna cuestión relativa al delito de prevaricación, obviando todo tipo de consideración, como en el siguiente caso²²⁷: el Ministerio Fiscal persigue a través de una querrela que el mismo presenta contra el Juez de primera instancia, al que había previamente recusado por una causa contra el Secretario y Escribano D. Andrés Osorio sobre falsedades cometidas en ciertos autos de concurso. Este último, siendo amigo íntimo del Juez Sabaté: “que el Osorio fue padrino en el bautismo de un hijo del Juez Sabaté; y que la fama pública atribuye a éste amistad íntima con aquel, manifestada en el hecho de ir juntos y en la mejor armonía en diversiones, comidas y giras de campo”. Resultando, además, que pedido informe al Alcalde sobre la conducta del Juez Sabaté, aquella Autoridad manifestó que de público se le acusaba de negligencia y faltas en su conducta privada, por lo que gozaba de mal concepto. Si bien el Fiscal calificó los hechos resultantes del proceso de delito de prevaricación, la Sala estimó que no quedó demostrado en lo más mínimo los hechos expuestos. Como vemos, tan sólo se refiere al relato de hechos.

Igualmente, en esta otra resolución²²⁸: “resultando que la Sala de lo criminal de la Audiencia de la Coruña declaró que estos hechos constituyen el delito de prevaricación, previsto y castigado en el art. 369 del Código penal, de que son autores los procesados D. Camilo Armesto y consortes, porque a sabiendas acordaron y practicaron, como funcionarios públicos, alteraciones en el amillaramiento de riqueza y repartimiento de la contribución territorial elevando las cuotas tributarias, y en su virtud, condenó al Armesto, hoy recurrente, a la pena de diez años y un día de inhabilitación especial para el cargo de Concejal e incapacidad de obtener otro análogo durante el mismo tiempo, indemnización y costas, haciendo las demás declaraciones respecto de los otros procesados y sobreseyendo en cuanto a dos fallecidos”, pero en nada se fundamenta el delito en sí.

Pues bien, podemos afirmar, en general, que se trata de una colección de sentencias muy breves, en donde apenas se entran a valorar los elementos del delito y en donde el concepto de prevaricación o la clarificación del mismo -absolutamente- brilla por su ausencia. Se cita -en la mayoría de las resoluciones- el delito de prevaricación y si acaso, se indica el artículo del Código penal afectado, recogiendo en esos casos -solamente- la relación de hechos acontecidos²²⁹, o bien se centran en otros delitos referenciados en

²²⁴ STS 279/1877 de 28 de abril (ponente Manuel María de Basualdo).

²²⁵ STS 447/1878 de 16 de octubre (ponente Diego Fernández Cano).

²²⁶ STS 605/1891 de 17 de octubre (ponente Rafael de Solís Liébana).

²²⁷ STS 321/1877 de 4 de junio (ponente Manuel María de Basualdo).

²²⁸ STS 1059/1887 de 25 de junio (ponente Federico Enjuto).

²²⁹ Es el caso de las sentencias siguientes: STS 1088/1886 de 30 de marzo (ponente Rafael Álvarez Martínez); STS 321/1877 de 4 de junio (ponente Manuel María de Basualdo); STS 892/1951 de 2 de junio (ponente Francisco Díaz Pla).

las resoluciones, y que son los nucleares en la sentencia: falsedades²³⁰, arrogación de atribuciones judiciales²³¹, cohecho²³², denuncia falsa²³³, y desacato²³⁴, entre otros.

Finalmente, tampoco hemos encontrado ningún pronunciamiento que aúne doctrina en cuanto al bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación, o el tratamiento relativo a la teoría de la participación delictiva tratándose de un delito especial. En este sentido, son cuestiones que no se han motivado en la doctrina jurisprudencial a lo largo de este periodo histórico recogido: sencillamente, no se han promovido, bien porque no han sido planteadas o sugeridas, o bien porque no se han recogido, al igual que otros caracteres de la prevaricación en los que tampoco se ha profundizado o creado ninguna inquietud al respecto, tal y como se ha reflejado.

6. Conclusiones

Primera.- Hemos abordado el estudio de la prevaricación a partir del repaso histórico y su evolución en nuestra legislación penal. Así, hemos analizado los elementos y bien jurídico protegido tanto de la prevaricación administrativa como de la judicial, presentando -de este modo- las particularidades que se brindan. Se trata, en ambos casos, de tipos penales pertenecientes a la esfera de la Administración, de donde surgen distintas inquietudes al respecto: la relación del Derecho penal con el Derecho administrativo, la criminalización de las conductas ilícitas llevadas a cabo por funcionarios públicos, la cuestión del bien jurídico protegido y los eventuales problemas que pueden surgir de la participación delictiva en estos delitos especiales.

Segunda.- El término “prevaricar” ha sido criticado por los distintos autores, señalándose la poca concreción y falta de definición, así como que no se emplee tal denominación en las distintas descripciones típicas. En este sentido, debemos coincidir

²³⁰ STS 384/1922 de 31 de enero (ponente Andrés Tornos y Alonso).

²³¹ STS 711/1879 de 11 de junio (ponente Leandro López Montenegro); STS 192/1880 de 18 de marzo (ponente Pedro Sánchez Mora).

²³² STS 531/1945 de 14 de febrero (ponente José Casado García): “Que si evidente resulta que el hecho de practicar los recurrentes, como Juez y Secretario, respectivamente, una diligencia de inspección ocular simulando el hallazgo de la cantidad sustraída, recibiendo en pago por la realización de esta simulación 200 pesetas cada uno es constitutivo del delito de cohecho comprendido en el art. 390 del Código penal anterior y 385 del vigente, pues concurren cuantos elementos dan vida a esta infracción, o sea, condición de funcionarios públicos, en los culpables práctica de un acto relativo al ejercicio de su cargo y recibo de una cantidad en consideración a su actuación, no es menos evidente que ese acto es a todas luces delictivo, y, cuando menos integrante del delito de prevaricación definido en el art. 364 del Código derogado y 359 del actual, puesto que los encausados, faltando a la obligación de su cargo, cual era practicarlas primeras diligencias para esclarecer el hurto cometido, dejaron de promover la persecución y castigo de los delinquentes, no con omisiones, sino simulando en una diligencia lo que no era cierto y negaba realidad al delito perpetrado”.

²³³ STS 646/1888 de 7 de junio (ponente Diego Montero de Espinosa).

²³⁴ Precisamente, al imputar o atribuir hechos que podrían ser delitos de prevaricación, y de esta manera se considera el menospreciar a una autoridad judicial, revelando conceptos calumniosos para el Juez de instrucción. Así, las sentencias siguientes: STS 395/1893 de 9 de marzo (ponente Juan Ignacio de Morales); STS 630/1949 de 3 de diciembre (ponente Francisco González Naharro); STS 3807/1978 de 21 de octubre (ponente Fernando Díaz Palos) y la STS 760/1973 de 8 de octubre (ponente Fernando Díaz Palos), en donde se define el delito de prevaricación como “uno de los más elementales del Código punitivo, hasta el extremo de que bien puede decirse que su sencilla descripción típica, ajena a todo tecnicismo jurídico, está rodeada de un aura popular (¡proferir el Juez sentencia injusta!) de fácil captación para el menos versado en Derecho”.

con las opiniones recogidas al respecto, subrayando -efectivamente- la vaguedad del concepto, brotando el peligro real de vulneración del principio de legalidad ante la falta de claridad y certeza, lo que da lugar a la inseguridad jurídica.

Tercera.- Determinados elementos que conforman el delito de prevaricación resultan clave para su estimación: “a sabiendas de su injusticia” y “arbitrariedad”. Así, si queremos invocar el delito en cuestión, tendrá que ir siempre referido al derecho que no sea respetado al haberse adoptado una resolución arbitraria y además, porque lo hace a sabiendas de su injusticia, es decir, con conocimiento y voluntad consciente. La prevaricación tendrá, pues, que vincularse con el incumplimiento de algún precepto en concreto, lo que implica el ataque al derecho a través de la resolución prevaricadora.

Cuarta.- Del recorrido histórico llevado a cabo, se puede afirmar que la prevaricación es uno de los delitos más arraigados en nuestra legislación penal, con presencia en todos los Códigos penales que han sido promulgados en España desde las primeras codificaciones. Con el Código penal de 1870, se distinguieron por primera vez las prevaricaciones dolosas (a sabiendas, intencionadamente), de las culposas (por negligencia o ignorancia inexcusable).

Quinta.- Con el Código penal de 1995, la prevaricación administrativa y la prevaricación judicial pasan a regularse en distintos títulos, lo que da lugar a la independencia de ambos tipos penales que hasta la fecha habían sido configurados conjuntamente bajo el mismo paraguas de los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Con esta táctica, el legislador quiere significar claramente las conductas prevaricadoras a partir de la diferenciación del bien jurídico protegido en cada caso. Si bien, existe un paralelismo entre ambas prevaricaciones, depurando por la vía penal comportamientos que afecten al servicio público, y siendo el sentido el mismo: prevaricar consiste en dictar una resolución injusta.

Sexta.- A la búsqueda de una doctrina jurisprudencial sólida del Tribunal Supremo, no podemos traslucir -realmente- cuestiones de gran calado que se hayan suscitado o hayan sido objeto de debate durante el periodo de tiempo observado. No hemos encontrado, para empezar, abundancia de sentencias, ni profundidad en la fundamentación de las mismas: no hay siquiera asomo alguno de indagación o aclaración del propio concepto de prevaricación, no se desarrollan los elementos del delito o algunos de los problemas que planteábamos al inicio de nuestra investigación, como el bien jurídico protegido, o cuestiones relativas a la participación delictiva, lo que llama poderosamente la atención.

Séptima.- Los resultados obtenidos no pueden albergar más que la confirmación de estar ante delitos que -claramente- no se contemplaban como factibles por nuestros tribunales a lo largo de todo el periodo histórico abarcado, de lo que se deduce que, muy probablemente, resultara difícil concebirlos al tratar de cuestionar el buen hacer de los funcionarios públicos y el correcto funcionamiento de la Administración. Todo ello, vendría a excusar, en cierto modo, la escasa aplicación de los distintos tipos penales de prevaricación y en consecuencia la jurisprudencia hallada.

Octava.- Hemos buceado en las sentencias obtenidas en nuestra búsqueda, sin vislumbrar cambios habidos -aunque fueran los mínimos- a lo largo de todo el periodo histórico analizado, o innovaciones que, en definitiva, hicieran advertir algo de lustre o

evolución con el devenir de los años, concluyendo que la doctrina jurisprudencial no ha sido valiosa en este aspecto. Es más, encontramos -como tónica general- resoluciones muy breves, que no entran a valorar conceptos como el de prevaricación, ni ahondan en los elementos del delito, apreciando apenas fundamentación en los pronunciamientos, tan solo detallan el relato de hechos. Tampoco hemos topado con ninguna sentencia que entre a considerar el bien jurídico protegido en los delitos de prevaricación. Todo ello, verdaderamente, en un plano lineal, carente de giro alguno sorpresivo a lo largo de todo el curso de los años examinados. Resulta, cuanto menos, asombroso.

Novena.- Por lo expuesto, no podemos diferenciar distintas etapas ni distintos momentos acaecidos, aunque sí hemos querido destacar alguna resolución que aparentemente catalogaba lo que se entendía por funcionario público, haciéndose eco de la independencia del Derecho penal a la hora de definir sus conceptos. Así, los Alcaldes han sido valorados como verdaderos funcionarios públicos en el desempeño de sus atribuciones, también los cargos militares de servicio activo que han procedido como agentes de las autoridades administrativas o judiciales, así como los secretarios judiciales y los jueces municipales. Sin embargo, no han tenido tal consideración los abogados al estimarse que -meramente- colaboran, pero no se integran en la función pública de la Administración de Justicia, por lo que no son funcionarios públicos a efectos penales, reconociéndose -no obstante- su esencial y alta misión dentro de la justicia.

Décima.- Igualmente, hemos recogido los siguientes términos de interés que han sido tratados en algunas sentencias de forma provechosa: “maliciosamente”, que se acoge como elemento esencial y constituyente del delito de prevaricación. El mero error y contradicción en las resoluciones no son supuesto del que imperiosamente debamos deducir el propósito “a sabiendas”, el cual debe justificarse, que no deje lugar a la duda. Así pues, intención deliberada de faltar a la justicia, con conciencia de su injusticia. Esta locución, en definitiva, se ha definido en la jurisprudencia como la especial malicia, esto es, con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto que realizaba y que la injusticia sea tan manifiesta que excluya la más leve duda en las personas. Del mismo modo, la injusticia de una resolución no es por sí misma penable, sino ante la demostración de cometerla a sabiendas.

Undécima.- Asimismo, el Tribunal Supremo ha definido la negligencia o ignorancia inexcusable, cuando la resolución que se estima injusta aun dictada sin intención de prevaricar, resulte tan contraria a derecho que excluya toda razonable interpretación y resulte de modo indiscutible la violación de un precepto legal. Excluyéndose, en todo caso, toda posibilidad de interpretación equivocada, dado lo falible del juicio humano. Según aduce la Sala, sólo concurriendo tales circunstancias es justo exigir la responsabilidad criminal.

Duodécima.- Por otro lado, hemos querido destacar una sentencia digna de mención -de 1978- en relación a la intervención mínima del Derecho penal a la hora de criminalizar las irregularidades funcionariales, cuyo remedio -declara la Sala- correspondería a la vía administrativa. Igualmente, otra sentencia -de 1976- que, en realidad, nada tiene que ver con el delito que nos ocupa (pues se trata de un caso de adulterio), pero sí referencia la prevaricación por lo que concierne a las obligaciones que le competen a nuestros jueces, subrayando que no corresponde al juez la facultad legislativa ni derogatoria así como tampoco las valoraciones de política criminal sobre tutela de bienes tipificados, sin incurrir en responsabilidad criminal -que determinan los delitos de prevaricación-. Así

pues, se proclama el doble límite al juez de lo penal: no reprochar ni castigar conductas que no se encuentren tipificadas, pero tampoco dejar de aplicar aquellos comportamientos que se encuadren en tales tipos. Cuanto menos resulta curioso encontrar una buena reflexión acerca de los delitos de prevaricación en una sentencia que aborda otro delito bien lejano.

Decimotercera.- Por lo demás, en muchas de las sentencias no se entra a resolver por inadmisión del recurso por falta de competencia, por no citarse el artículo de la ley que lo autorice y las leyes que se supongan infringidas, por incongruencia de la pretensión y -en general- demás cuestiones formales que no revisten mayor interés. De igual modo, en buena parte de los resultados obtenidos hemos encontrado resoluciones en donde sólo se detalla el relato fáctico de la sentencia, sin descripción de los elementos del tipo penal, citándose sin más “prevaricación”, así como en otros pronunciamientos se centran en otros delitos que son los verdaderamente nucleares en la sentencia: falsedades, cohecho, denuncia falsa, calumnias, y desacato, entre otros.

Decimocuarta.- Por todo lo anterior, podemos afirmar -categóricamente- que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no ha sido en absoluto abundante con los llamados delitos de funcionarios durante la época emprendida: no ha suplido en -prácticamente- nada al Código penal, adolece de vacíos y faltas de concreción, con escasos tipos penales relativos a la prevaricación que hayan sido aplicados, dejando así al descubierto una gran laguna interpretativa. Tan solo algunos elementos han sido valorados como esenciales o requisitos primordiales; la malicia (a sabiendas), la arbitrariedad y la ignorancia inexcusable. Todo ello, además, se ha visto sostenido en el tiempo, sin sufrir alteración alguna. A resultas de lo cual, y no obstante tratarse de una figura penal con tanta solera en nuestra historia penal, no ha dejado huella en nuestra doctrina jurisprudencial durante los más de cien años observados.

Sentencias citadas

STS 640/1871 de 20 de abril (ponente Francisco Armesto).
STS 865/1872 de 21 de diciembre (ponente Francisco Armesto).
STS 698/1875 de 23 de diciembre (ponente José María Herreros de Tejada).
STS 279/1877 de 28 de abril (ponente Manuel María de Basualdo).
STS 321/1877 de 4 de junio (ponente Manuel María de Basualdo).
STS 535/1877 de 20 de octubre (ponente Manuel María de Basualdo).
STS 447/1878 de 16 de octubre (ponente Diego Fernández Cano).
STS 711/1879 de 11 de junio (ponente Leandro López Montenegro).
STS 739/1879 de 8 de octubre (ponente Luciano Boada).
STS 222/1879 de 11 de noviembre (ponente Luciano Boada).
STS 237/1879 de 20 de noviembre (ponente José Muñoz Alaiz).
STS 192/1880 de 18 de marzo (ponente Pedro Sánchez Mora).
STS 950/1883 de 29 de enero (ponente Eduardo Martínez del Campo).
STS 368/1883 de 16 de febrero (ponente Eduardo Martínez del Campo).
STS 991/1883 de 14 de marzo (ponente Rafael Alcaraz y Ramos).
STS 808/1883 de 21 de diciembre (ponente José de Aldecoa).
STS 745/1884 de 14 de octubre (ponente Mateo de Alcocer).
STS 1088/1886 de 30 de marzo (ponente Rafael Álvarez Martínez).
STS 1009/1887 de 10 de junio (ponente Juan Manuel Romero).
STS 1059/1887 de 25 de junio (ponente Federico Mejuto).
STS 646/1888 de 7 de junio (ponente Diego Montero de Espinosa).

STS 807/1891 de 19 de febrero (ponente José de Aldecoa).
STS 605/1891 de 17 de octubre (ponente Rafael de Solís Liébana).
STS 395/1893 de 9 de marzo (ponente Juan Ignacio de Morales).
STS 120/1900 de 10 de enero (ponente Juan de Aldana).
STS 152/1900 de 13 de febrero (ponente Juan de Aldana).
STS 308/1900 de 30 de noviembre (ponente Juan de Aldana).
STS 451/1901 de 22 de noviembre (ponente Rafael de Solís Liébana).
STS 305/1902 de 28 de enero (ponente José María Barnuevo).
STS 987/1907 de 22 de noviembre (ponente José Ciudad Aurióles).
STS, 620/1910 de 9 de marzo (ponente Juan de Dios Roldán).
STS 703/1910 de 16 de mayo (ponente Ricardo Juan Ortiz).
STS 733/1911 de 25 de enero (ponente Juan de Dios Roldán).
STS 528/1912 de 24 de abril (ponente Juan Francisco Ruiz Andrés).
STS 513/1914 de 31 de enero (ponente Federico Enjuto).
STS 559/1914 de 14 de marzo (ponente Andrés Tornos y Alonso).
STS 75/1915 de 23 de febrero (ponente Francisco de Paula Mifsut y Macon).
STS 6/1916 de 8 de julio (ponente Francisco García Goyena).
STS 191/1919 de 13 de diciembre (ponente Federico Enjuto).
STS 384/1922 de 31 de enero (ponente Andrés Tornos y Alonso).
STS 959/1929 de 13 de noviembre (ponente Alfonso Travado y Loste).
STS 950/1930 de 3 de diciembre (ponente Alfonso Travado y Loste).
STS 1439/1932 de 27 de diciembre (ponente Vicente Crespo Franco).
STS 1508/1934 de 28 de diciembre (ponente José Antón Oneca).
STS 531/1945 de 14 de febrero (ponente José Casado García).
STS 902/1948 de 13 de enero (ponente José María Castello y Madrid).
STS 630/1949 de 3 de diciembre (ponente Francisco González Naharro).
STS 1685/1950 de 17 de junio (ponente Napoleón Ruiz Falco).
STS 892/1951 de 2 de junio (ponente Francisco Díaz Pla).
STS 910/1951 de 14 de junio (ponente Napoleón Ruiz Falco).
STS 1568/1960 de 22 de abril (ponente Luis López Ortiz).
STS 1624/1964 de 30 de marzo (ponente Jesús García Obeso).
STS 1937/1971 de 18 de marzo (ponente José Espinosa Herrera).
STS 2085/1972 de 30 de diciembre (ponente Benjamín Gil Sáez).
STS 1263/1973 de 23 de abril (ponente Ángel Escudero del Corral).
STS 760/1973 de 8 de octubre (ponente Fernando Díaz Palos).
STS 715/1976 de 27 de febrero (ponente Ángel Escudero del Corral).
STS 3887/1978 de 10 de junio (ponente Benjamín Gil Sáez).
STS 3807/1978 de 21 de octubre (ponente Fernando Díaz Palos).
STS 4584/1978 de 2 de noviembre (ponente Jesús Sáez Jiménez).

Apéndice bibliográfico

Alcácer Guirao, R., “El *extraneus* que sabía demasiado. Anomalías jurisprudenciales en la prevaricación”, *Una perspectiva global del Derecho Penal, Libro Homenaje al Profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, D. M. Santana Vega, S. Fernández Bautista, S. Cardenal Montraveta, D. I. Carpio Briz, C. Castellví Monserrat (Dir.), Barcelona, Atelier, 2021, pp. 107-118.

Benlloch Petit, G., “Delitos contra la Administración de Justicia”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (J-M. Silva Sánchez, dir.), (R. Ragués i Vallès, coord.), Barcelona, Atelier, 2023, pp. 425-455.

Bonmatí Ortega, P., “El tratamiento jurisprudencial de la prevaricación judicial”, *La Ley Penal* 55 (2008), pp. 38-52.

Cuello Calón, E.:

- *Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1961.
- *El Nuevo Código Penal Español*, Barcelona, Bosch, 1930.

- Ferrer Barquero, R., *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- García Arán, M., “Consideraciones sobre los delitos contra la administración de justicia en el proyecto de Código Penal de 1992”, *Política criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., 1993, pp. 519-530.
- García Arán, M., *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990.
- González Cussac, J. L.:
- “La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: la prevaricación”, *Cuadernos de Derecho Judicial* 30 (1996), pp. 11-50.
 - *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- González Cussac, J. L., “Prevaricación”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, B. Pellisé Prats (Dir.), Tomo XX, Barcelona, Editorial Francisco Seix, S. L., 1993, pp. 455-459.
- Güidi Clas, E. M., *La prevaricación Judicial en España y en el Derecho Comparado*, Barcelona, Bosch, 2006.
- Hava García, E., *Los delitos de prevaricación*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2019.
- Luzón Cuesta, J.M.^a, “Prevaricación”, *Enciclopedia Penal Básica*, Diego-Manuel Luzón Peña (Dir.), Granada, Comares, 2018, pp. 1025-1028.
- Morillas Cueva, L., “Reflexiones acerca del delito de prevaricación: desde su interpretación extensiva a su motivación reduccionista”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* (R.E.D.S.), 9 (2016), pp. 16-47.
- Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- Octavio de Toledo y Ubieta, E., “El Delito de Prevaricación de los Funcionarios Públicos en el Código Penal de 1995”, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal, Conferencias*, Sevilla, Junta de Andalucía. Consejería de Gobernación. Instituto Andaluz de Administración Pública, 1996, p. 11-12.
- Octavio de Toledo y Ubieta, E., *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, Civitas, 1980.
- Ortiz de Urbina Gimeno, Í., “Delitos contra la Administración pública”, *Lecciones de Derecho Penal. Parte especial* (J-M. Silva Sánchez, dir.), (R. Ragués i Vallès, coord.), Barcelona, Atelier, 2023, pp. 387-424.
- Orts Berenguer, E., y González Cussac, J. L., *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- Prego de Oliver López-Cortijo, J., “La responsabilidad penal del ‘extraneus’”, *Economist&Jurist*, 19 de noviembre de 2023.
- Quintero Olivares, G., con la colaboración de Morales Prats, F., *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2015.
- Ramos Tapia, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- Ruiz Miguel, A., “Vigilantes y vigilados: prevaricación judicial y normas sin sanción (A propósito de un caso)”, *Jueces para la Democracia* 81 (2014), pp. 97-125.
- Toscano Tinoco, J. J., *Prevaricación Judicial: Injusticia, dolo e imprudencia*, Madrid, Dykinson, 2022.
- Valeije Álvarez, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *Cuadernos de Política Criminal* 62 (1997), pp. 435-498.
- Zugaldía Espinar, J. M., Prólogo a Ramos Tapia, M. I., *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 17-23.