RESOLUCIÓN DEBIDA, RESOLUCIÓN INJUSTA Y RESOLUCIÓN INEXISTENTE

Araceli Manjón-Cabeza Olmeda

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid

Title: Due resolution, unfair resolution and non-existent resolution

Resumen: Se analizan los tres tipos de prevaricación en lo que se refiere a las resoluciones que se dictan o que no se dictan, para compararlas con la resolución debida que da satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva. Esa resolución debida, en un caso, se sustituye por una resolución que puede calificarse de «injusta»; en otro caso, se elude provocando un retardo en el dictado de dicha resolución; y, en el tercer supuesto, se elude sin causa que lo pueda justificar. Se hace especial consideración a las resoluciones que deben considerarse atípicas. Se estudia si pueden identificarse objetos de protección penal más concretos dentro del bien jurídico común.

Palabras clave: prevaricación, retardo malicioso, negativa a juzgar, resolución debida, tutela judicial efectiva, deber de ejercer la jurisdicción.

Abstract: *The article analyses three types of prevarication regarding to the issued or not issued resolution to compare them with the due decision that satisfies the right to effective judicial protection. In first case, the due resolution is replaced by another described as «unfair»; in the second case, the decision is avoided and it causes a delay; in the last case, the adoption of the decision is avoided without justification. Special consideration is given to resolutions that should be considered noncriminal. The work also studies whether more specific objects of criminal protection can be identified within the common legal interest.*

Keywords: *Prevarication, malicious judicial delay, refusal to judge, due resolution, effective judicial protection, duty to exercise jurisdiction.*

Sumario: 1. La resolución debida y el derecho a la tutela judicial efectiva. - 2. La resolución injusta. - 2.1. Resoluciones jurisdiccionales del art. 245 LOPJ, acuerdos del art. 244 LOPJ,

voto particular del art. 260 LOPJ y acuerdos de pleno jurisdiccional del art. 264 LOPJ. - 2.2. Resolución injusta. - 2.2.1. Delimitación. - 2.2.2. Los escenarios de la resolución injusta: interpretación, hechos probados y normas procesales. - 2.3. Independencia, interpretación y valor de la Jurisprudencia. - 2.3.1. Independencia, sumisión a la Ley y libertad de interpretar. - 2.3.2. El valor complementario de la Jurisprudencia. - 2.4. Casación para la unificación de doctrina en el ámbito social. Sentencias del Tribunal Constitucional. - 2.5. Resoluciones atípicas. - 3. La negativa injustificada a juzgar: el deber de resolver siempre y en todo caso. - 4. Retardo malicioso. Retardo y dilaciones indebidas. - 5. Conclusiones.

1. La resolución debida y el derecho a la tutela judicial efectiva

Dentro de los «Delitos contra la Administración de Justicia», el Capítulo Primero —«De la prevaricación»— engloba tres figuras delictivas en los arts. 446 a 449; a la primera de esas figuras se suele aludir como «prevaricación propia» —arts. 446 y 477—, señalándose como «prevaricaciones impropias», la negativa a juzgar del art. 478 y el retardo malicioso del art. 479. El entendimiento de estas figuras requiere ver de qué manera afectan a la Administración de Justicia; si todas tienen un mismo bien jurídico concreto, dentro del general de Administración de Justicia, o si, por lo contrario, podemos identificar distintos intereses a proteger; finalmente, se debe analizar qué tienen en común y qué las diferencia. Este análisis se hará desde la perspectiva de la resolución que se dicta o la que se elude, partiendo de la necesidad de una resolución que satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva, a la que nos referiremos como resolución debida. Ese derecho nos permite hacer un análisis comparativo entre la resolución que debe darse para satisfacer las pretensiones y otras resoluciones —reales u omitidas— que integran las distintas tipicidades de prevaricación.

Lo anterior no excluye de la prevaricación otras decisiones no pedidas por ninguna parte y que el juez puede o debe adoptar en la tramitación, ordenándola e impulsándola. De ahí que la referencia a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE sea imprescindible en el análisis de las conductas prevaricadoras, pero sin restringir a una concreta faceta de la tutela efectiva —responder a lo solicitado—, sino considerando todo el ámbito cubierto por el art. 24.1 CE, tal como se analiza más adelante. En este sentido se ha afirmado que «El derecho a acceder a la Justicia y a obtener una resolución pertenece claramente al ámbito de protección de la prevaricación judicial, desde el momento en que el art. 375 del CP (la referencia es al CP de 1973) incrimina al juez que se negare a juzgar... en relación con el contenido del ejercicio de la potestad jurisdiccional... bien jurídico en los delitos que nos ocupan»¹. Señalándose como bien

¹ M. GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 87-88.

jurídico el ejercicio de la potestad jurisdiccional (cuando el sujeto activo es el juez; no así cuando el art. 448 admite otros sujetos), sin embargo, la idea de la resolución que satisface el derecho a la tutela efectiva nos sirve para completar el bien jurídico y como término de comparación para analizar las resoluciones injustas o las inexistentes por retardo malicioso o por negativa a actuar. La tutela judicial efectiva en el marco del deber de ejercer la potestad jurisdiccional es el bien jurídico de las tres figuras delictivas analizadas.

En una primera aproximación, puede señalarse que en la prevaricación propia hay una resolución que contiene la injusticia, mientras que en el retardo y en la negativa, falta la resolución debida, por más que puedan identificarse otras resoluciones que generen el retardo o que pretendan explicar la falta de la resolución exigible.

La Jurisprudencia indica que, tratándose de conductas del juez, hay tres modelos de tipificación en esta materia —la resolución injusta, la negativa a juzgar y el retardo malicioso— que tiene en común que «tuercen el Derecho» o, de forma más correcta, «el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho» (STS 102/2009, 3 de febrero²), no consistiendo el delito en la lesión de un bien jurídico individual, sino en la «postergación de la validez del derecho y, por tanto, en la vulneración del Estado de Derecho» (STS 15 de Octubre de 1999).

Debe repararse en las distintas penas que tiene cada una de las figuras: más graves en la prevaricación propia (prisión de hasta 4 años, multa e inhabilitación absoluta o especial de hasta 20 años, según los distintos supuestos contemplados), que las prevaricaciones impropias (inhabilitación especial de hasta 6 años). La mayor gravedad de las penas de la prevaricación propia podría obedecer a que nos encontramos con una resolución cuyo contenido material encierra la injusticia y, con ello, el

---

² Se refiere esta resolución a un supuesto en el que se condenó por prevaricación y por cohecho, haciéndose afirmaciones como las siguientes: «La respuesta de las legislaciones a los abusos de los jueces en el ejercicio de sus funciones se afirma bajo dos supuestos: el cohecho y la prevaricación. A través de los delitos de corrupción (delitos de cohecho activo y pasivo), lo que se reprocha, más que la injusticia de la resolución, es la venta de la misma resolución, lo que hace presumible su injusticia...En la prevaricación, lo relevante es el abuso de la función judicial en la aplicación del Derecho, comprensivo de la resolución del conflicto y de la dirección de una causa jurídica. Estos tipos penales tienen una evidente relación con los delitos de corrupción, en la medida en que se comprueba que la aplicación abusiva del Derecho no necesita demostrar la existencia de corrupción. Incluso no es necesario realizar ninguna comprobación sobre la corrupción porque el abuso ya supone una perversión del sistema». Del texto parece deducirse una cierta confusión entre los límites o coincidencias entre la prevaricación y el cohecho, pues pasa de afirmarse su vinculación a proclamarse su independencia. Por lo que a la prevaricación se refiere, nos quedamos con la afirmación de que lo relevante en la prevaricación es «el abuso de la función judicial», que se opone a «la función judicial, consiste en la resolución de conflictos de manera vinculada con la realización del ideal de un Estado de Derecho, es decir la vigencia efectiva de las leyes».

carácter de delictiva, mientras que en la negativa y en el retardo falta la resolución y, por ello, falta un concreto contenido, de manera que lo que confiere carácter delictivo al comportamiento no es un contenido material, sino el incumplimiento de unos pasos procesales que son debidos. Que es el contenido material de la resolución prevaricadora en un determinado contexto lo más relevante en el caso del art. 446, explica, además, las diferentes penas de dicho precepto: las más graves por resoluciones dictadas en la jurisdicción penal contra reo y, dentro de estas, distinguiendo si se trata de sentencias ejecutadas o no y atendiendo a que sean causas por delito grave o menos grave —el supuesto más grave—, o causas por delito leve —el supuesto menos grave—. Cambia el marco penal tratándose de resoluciones penales que no sean sentencias contra reo o de resoluciones y sentencias de cualquier otra jurisdicción —casos de gravedad intermedia—. Parece evidente que las diferentes penas de la prevaricación propia dependen de los diferentes contenidos materiales de la resolución injusta y de la jurisdicción en la que se actúe en cada caso; así, es más grave una resolución prevaricadora dictada en el proceso penal por delito grave perjudicando al reo, que la dictada en otra jurisdicción o implicando delitos leves.

A lo anterior se añade que solo la prevaricación propia contempla el castigo de la imprudencia o de la «ignorancia inexcusable».

Por otro lado, y en lo que a los sujetos activos se refiere, solo el juez o magistrado pueden ser autores de los delitos de prevaricación y negativa, mientras que, en el caso del retardo, se contempla la actuación del secretario, junto con los anteriores, y de otros funcionarios distintos.

A continuación, nos referimos a las conductas en los tres tipos penales, analizándolas desde la idea de la resolución debida, la que debe producirse y no se produce, ya sea porque se dicta otra resolución distinta a la debida que puede tildarse de «injusta»; ya sea porque se retrasa el curso de la resolución debida; ya sea porque hay una negativa injustificada a dictar la resolución debida.

Conviene anticipar que cuando hablamos de la resolución debida en la prevaricación propia, no queremos decir que solo exista una resolución debida con un único contenido válido que convierta cualquier otro contenido en prevaricador. Afirmar lo anterior supondría desconocer que, en virtud de la interpretación, pueden alcanzarse distintos contenidos, todos ellos válidos —por más que uno pueda ser preferible—, contra los que la condena por prevaricación no es la respuesta. La prevaricación no tiene por finalidad depurar la interpretación y sus resultados; tampoco es un castigo contra el juez «disidente» que no acata la interpretación establecida, proponiendo otra. Más adelante nos referiremos a esta cuestión.

La resolución debida que se propone en este análisis de las conductas de los delitos de prevaricación nos permite ver lo que tienen en común

los tres tipos: no hay resolución debida, porque se ha sustituido por otra con contenido «injusto» o porque no se dicta esa resolución debida.

Todo lo anterior nos sitúa en un doble escenario: por un lado, el de la aplicación de la ley por parte del juez, lo que nos lleva a plantearnos la cuestión de la interpretación y la independencia judicial y, por otro lado, el de algunos aspectos del derecho a la tutela judicial efectiva que pueden encontrar protección penal en los tipos de prevaricación; en este sentido, podemos afirmar que la sola falta de motivación de la resolución no lleva al injusto de prevaricación si la resolución, aún inmotivada, no es injusta. Por el contrario, una motivación —o intento de motivación— que pretenda amparar un resultado interpretativo aberrante o un retardo indebido o fundar la negativa a resolver, no puede impedir la calificación de prevaricación si la resolución es injusta, si se retrasa maliciosamente o si se elude su dictado so pretexto de que la ley es insuficiente.

Se adelanta aquí que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es el único escenario del delito de retardo, ni su bien jurídico. Con todo, para dibujar el contenido material del retardo, deberemos referirnos al derecho a obtener una resolución en un tiempo razonable. Debe tenerse en cuenta que el art. 24. 1 y 2 CE trata de forma separada, por un lado, el derecho a la tutela judicial efectiva en todo ámbito jurisdiccional y, por otro, distintos derechos que configuran las garantías del proceso penal, por más que su ámbito se haya extendido en la práctica a todas las jurisdicciones. Se puede así distinguir entre el derecho a la jurisdicción —art. 24.1— y el derecho al proceso con todas las garantías —art. 24.2— (STC 13/1981, 22 de abril), incluyéndose en este último el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. No deben confundirse ambos derechos; tutela efectiva y plazo razonable son derechos autónomos, por más que se puedan detectar vinculaciones; pero esas vinculaciones no permiten disolver el derecho a no sufrir dilaciones ilegítimas dentro del derecho a obtener una resolución fundada en derecho. En este punto, se hará referencia a la autonomía del derecho a una tramitación sin dilaciones indebidas y a la inconveniencia de entender que tal derecho es el bien jurídico del retardo malicioso.

Dentro del derecho a la tutela judicial efectiva se identifican distintas facetas: el derecho de acceso a la jurisdicción; el derecho a obtener una resolución motivada que dé respuesta a las pretensiones; el derecho a la ejecución de esa resolución; y el derecho a servirse de los recursos establecidos contra la resolución³. La segunda de las facetas señaladas

---

³ Sobre el contenido de la tutela judicial efectiva, ver J. GARBERÍ LLOBREGAT, *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2008; G. RUIZ-RICO RUIZ y M.J. CARAZO LIÉBANA, *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; E. SALAH PALACIOS, *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2014*, Madrid, Cultiva Libros, 2015.

resulta de especial relevancia para construir el injusto en los tres tipos de prevaricación. Es esta faceta de resolución motivada que dé respuesta a las pretensiones a la que nos estamos refiriendo como resolución debida. La resolución será debida, se estime o no la pretensión planteada, si está motivada y fundada en Derecho. En este sentido, la STC 134/2008, de 23 de octubre, considera que «el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada...y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia... no cabe reputar como fundadas en Derecho aquellas decisiones judiciales en las que este Tribunal compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o que siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas en la resolución». Interesa resaltar que los defectos que señala el TC para entender vulnerado el derecho del art. 24.1 no generan en todo caso y automáticamente responsabilidad penal por prevaricación, sino la posibilidad de recurrir en amparo la resolución. Dicho de otra forma, no todos los casos de incumplimiento de la resolución debida, en lo que se refiere a su contenido, serán prevaricación, pero cuando se pueda afirmar la prevaricación estaremos, además, ante una falta de resolución debida. La resolución injusta o la resolución inexistente que dan vida a los tipos de prevaricación se oponen a la resolución debida, por más que haya otros casos de vulneración del derecho que no puedan incardinarse en los delitos de prevaricación; concretamente, tal como se ha apuntado ya, una resolución inmotivada, pero admisible por ser ajustada a Derecho, podrá ser cuestionada en vía de amparo por la falta de motivación, pero no podrá dar lugar al castigo por prevaricación por faltar la injusticia típica. En este punto, puede anticiparse que no es posible identificar la injusticia de una resolución con la recurribilidad de la misma; a esta cuestión nos referimos detalladamente más adelante.

Una última aclaración se refiere a la faceta de la tutela judicial efectiva que se identifica como derecho a una resolución motivada en Derecho y a su relación con las otras facetas —acceso, ejecución y recursos— identificadas en el art. 24.1 CE. Así, si pensamos en el derecho a la ejecución de la resolución, parece evidente que, también en este concreto escenario podremos hablar de resoluciones debidas y, por ello, pueden aparecer conductas prevaricadoras en cualquiera de las tres modalidades que castiga el CP; piénsese en una resolución que, en vía de ejecución, de-

cida desatender la resolución previa⁴ que debe ser ejecutada o que dilate la ejecución en base a razones absurdas e inatendibles o la condicione a requisitos no contemplados en la ley. Lo mismo puede decirse respecto de la faceta de la tutela efectiva que se refiere al acceso a la jurisdicción; también en este escenario se puede dar vida a una resolución prevaricadora que sustituya a la debida, por ejemplo, condicionando la admisión a trámite de una demanda a la satisfacción de una fianza no contemplada en el procedimiento legal. En este contexto también puede existir una resolución injusta que se opondría a la resolución debida de admisión a trámite. Igual razonamiento debe hacerse ante una resolución que pretenda impedir el acceso a los recursos legalmente establecidos, por ejemplo, negando la existencia del recurso. En definitiva, cuando aquí oponemos la resolución debida a la prevaricadora no estamos restringiendo el ámbito de aplicación de los tipos de prevaricación a una sola faceta de las cuatro arriba identificadas dentro de la tutela judicial efectiva, sino que estamos caracterizando la resolución debida que satisface la tutela judicial efectiva, con independencia del momento procesal en el que se esté —acceso a la jurisdicción, resolución, ejecución o recursos—.

---

⁴ El derecho a la ejecución, considerado desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, presupone la invariabilidad de la resolución judicial firme que debe ejecutarse. En este sentido, la STC 32/1982, de 7 de junio, afirma que la inejecución es una vulneración del art. 24.1 CE («El derecho a la tutela efectiva que dicho artículo consagra no agota su contenido en la exigencia de que el interesado tenga acceso a los Tribunales de Justicia... ni se limita a garantizar la obtención de una resolución de fondo fundada en derecho, sea o no favorable a la pretensión formulada, si concurren todos los requisitos procesales para ello. Exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido: lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de alguna de las partes, en meras declaraciones de intenciones»). Debe tenerse en cuenta que el art. 117.3 CE vincula el ejercicio de la potestad jurisdiccional, no solo al hecho de juzgar, sino también a hacer ejecutar lo juzgado. El derecho a la ejecución es un derecho de configuración legal para cuyo ejercicio la ley puede imponer requisitos y límites, siempre que sean razonables, proporcionados y legítimos (STC 158/1987, de 20 de octubre). Para la STC 1/1997, de 13 de enero, «la actividad jurisdiccional dirigida a esa finalidad de ejecutar lo juzgado ha de respetar escrupulosamente el fallo o parte dispositiva y ejercitarse con energía e intensidad suficientes para superar los obstáculos que pudieran oponérsele (STC 153/1992). En tal sentido, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial encargado de ella, aunque sea el mismo que dictó la Sentencia, se aparte de lo mandado en el pronunciamiento a cumplir o se abstenga de adoptar las medidas necesarias para conseguirlo (SSTC 306/1993 y 322/1994). Ello significa entonces que tal derecho tiene como presupuesto lógico y aun constitucional, la intangibilidad de la firmeza de las resoluciones judiciales y de las situaciones jurídicas allí declaradas (STC 135/1994), sin que, por lo mismo, puedan ser introducidas en el procedimiento de ejecución, para alterar el contenido de la parte dispositiva de la Sentencia, cuestiones no abordadas en ella ni decididas en el fallo que se trate de ejecutar o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad».

2. La resolución injusta

2.1. Resoluciones jurisdiccionales del art. 245 LOPJ, acuerdos del art. 244 LOPJ, voto particular del art. 260 LOPJ y acuerdos de pleno jurisdiccional del art. 264 LOPJ

El CP se refiere a la prevaricación judicial dolosa en el art. 446 como el dictado, «a sabiendas», de una «sentencia o resolución injusta». En el tipo imprudente del art. 447, la sentencia o resolución debe ser «manifiestamente injusta» y haberse dictado por «imprudencia grave o ignorancia inexcusable». La «resolución» engloba las sentencias —que, además, aparecen expresamente llamadas en los arts. 446 y 447—, los autos y las providencias, superándose las dicciones del CP anterior que se refería a «sentencia», «resolución definitiva en asunto no criminal» y «auto», lo que eliminaba las providencias de la tipicidad.

En la normativa vigente, la amplitud del término «resolución» debe acompañarse de una aclaración: solo las resoluciones jurisdiccionales pueden dar vida a la prevaricación judicial y, por lo contrario, las resoluciones no jurisdiccionales quedan fuera del ámbito del delito⁵. Debe tenerse en cuenta que la LOPJ, en su art. 245, aclara que son resoluciones jurisdiccionales la sentencia, el auto y la providencia. Estas resoluciones jurisdiccionales se contraponen a aquellas resoluciones dictadas fuera del marco jurisdiccional, en el ejercicio de función gubernativa —Tribunales no constituidos en Sala de Justicia, Salas de Gobierno⁶ y Jueces y presidentes con carácter gubernativo— o disciplinaria —advertencias y correcciones—, que reciben el nombre de «acuerdos» en el art. 244 LOPJ. Estos «acuerdos» dictados fuera del ámbito jurisdiccional no pueden dar vida a un delito de prevaricación judicial.

Especial mención debe hacerse al voto particular contemplado en el art. 260 de la LOPJ. No es una resolución jurisdiccional, sino el medio por el que se expone el disenso con la resolución mayoritaria; el voto particular no resuelve la cuestión planteada, por más que se redacte «en forma de sentencia», de lo que se deriva que un voto particular no puede tenerse por resolución jurisdiccional y no puede dar lugar al delito de prevaricación y ello, aunque su contenido exprese una opinión insostenible que de plasmarse en una sentencia calificaríamos de «prevaricadora»⁷.

⁵ Sobre las resoluciones excluidas del ámbito de la prevaricación, ver por todos F. M. PEDREIRA GONZÁLEZ, *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Ramón Areces, 2007, pp. 94-102.

⁶ En el art. 152 LOPJ se establecen las funciones de la Sala de Gobierno del TS, entre otras, la adopción de las normas de reparto, la función disciplinaria o la composición de las secciones de cada Sala

⁷ Cuestión distinta es que la existencia de un voto particular disidente con la decisión mayoritaria puede impedir la condena por prevaricación al magistrado que lo formula,

La LOPJ contempla la posibilidad de formular voto particular contra las sentencias, los autos definitivos y los autos que resuelven incidentes. La admisión de votos particulares concurrentes o disidentes se fundamenta en el hecho de que la aplicación de la norma no lleva a un resultado único que automáticamente deba asumir el juez, sino que es el fruto de la interpretación que puede llevar a más de un resultado correcto y admisible, tal como se ha señalado. El voto particular permite conciliar la solución mayoritaria al caso que expresa la sentencia, con la independencia y legitimidad de la opinión minoritaria que no debe esconderse tras una falsa unanimidad. En ocasiones, el voto particular encierra una propuesta interpretativa que acaba imponiéndose, por lo que puede actuar como dinamizador de la evolución de la jurisprudencia.

Procede plantearse ahora qué ocurre con las resoluciones que se adoptan en los plenos jurisdiccionales del art. 264 de la LOPJ, en la redacción dada por la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial⁸. Esta reforma elimina los antiguos plenos no jurisdiccionales del art. 246 e instaura en el art. 264 los nuevos plenos jurisdiccionales que, buscando la unidad de la doctrina, quieren ser vinculantes, pero que, en realidad, no lo son, toda vez que se recoge en el precepto una cláusula de escape que permite el disenso razonado⁹.

---

cuando deban responder el resto de los magistrados que conformaron la mayoría prevaricadora. Téngase en cuenta que el autor de un voto particular debe firmar la resolución mayoritaria porque a ello le obliga la LOPJ, pero se separa de la misma al formular su parecer en el voto particular.

⁸ El nuevo art. 264 dice lo siguiente:

«1. Los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales, especialmente en los casos en que los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala o Tribunal sostuvieren en sus resoluciones diversidad de criterios interpretativos en la aplicación de la ley en asuntos sustancialmente iguales. A esos efectos, el Presidente de la Sala o Tribunal respectivo, por sí o a petición mayoritaria de sus miembros, convocará Pleno jurisdiccional para que conozca de uno o varios de dichos asuntos al objeto de unificar el criterio.

2. Formarán parte de este Pleno todos los Magistrados de la Sala correspondiente que por reparto conozcan de la materia en la que la discrepancia se hubiera puesto de manifiesto.

3. En todo caso, quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento y resolución de los distintos procesos de que conozcan, si bien deberán motivar las razones por las que se aparten del criterio acordado».

⁹ La redacción de 2015 es el resultado de rebajar las pretensiones del texto que aparecía en el Anteproyecto de 2014, que se traducían en cambiar de raíz el sistema español de aplicación de la ley, con grave afectación de la independencia judicial, la libertad de interpretación y el sistema de fuentes. La pretendida reforma no prosperó y se aprobó el texto hoy vigente que regula unos plenos jurisdiccionales respetuosos con la independencia judicial y con el sistema de fuentes, desapareciendo los plenos no jurisdiccionales. El Anteproyecto de 2014 pretendía dar vida a una doctrina jurisprudencial vinculante para

Estos plenos jurisdiccionales actúan en el ejercicio de la jurisdicción, resolviendo uno o varios casos concretos, por lo que su resultado no es un «acuerdo», como resultaba de los anteriores plenos no jurisdiccionales, sino una resolución judicial¹⁰ y, como tal, una resolución que puede ser típica a efectos de prevaricación. Estos plenos se convocan para unificar criterios cuando un mismo órgano judicial mantenga criterios contrapuestos en supuestos sustancialmente iguales y pueden ser convocados en el ámbito de cualquier Tribunal y no solo del TS. La independencia de Secciones queda garantizada porque las resoluciones de pleno jurisdiccional no son vinculantes, pero para apartarse de ellas es necesario motivar las razones del apartamiento.

En lo que aquí interesa, pueden afirmarse dos cosas. En primer lugar, la resolución adoptada en un pleno jurisdiccional puede ser prevaricadora, dado que se trata de una resolución jurisdiccional en la que se conoce y se resuelve uno o varios asuntos concretos. En segundo lugar, separarse de las resoluciones del pleno jurisdiccional no conduce, por esa separación o «desobediencia», a la prevaricación y ello, con independencia de que se motive o no ese apartamiento. Es decir, si una Sección rechaza la tesis de una decisión del pleno, sin explicar por qué lo hace, pero dictando una resolución no injusta (o sea, admisible conforme a las normas de interpretación), no podrá hablarse de prevaricación por el solo incumplimiento de la obligación de motivar el apartamiento. El art. 264 LOPJ no ha instaurado la jurisprudencia vinculante.

2.2. Resolución injusta

2.2.1. Delimitación

Hasta aquí hemos analizado distintos tipos de decisiones —resoluciones, acuerdos, voto particular y resoluciones de Pleno Jurisdiccional— y si las mismas pueden ser «resolución» a los efectos del delito de prevaricación. Pero la cuestión más relevante y difícil de resolver en materia de prevaricación es establecer cuándo una resolución es «injusta»¹¹. En

---

todos los jueces; esa doctrina era la establecida en las sentencias de casación en interés de ley, en la resolución de las cuestiones prejudiciales previas que se regulaban en el texto y en los Acuerdos de Pleno adoptados trimestralmente por las distintas Salas del TS, en los que se decidía que concreto punto de la jurisprudencia del TS era vinculante y que otros aspectos seguían rigiéndose por el art. 1.6 CC.

¹⁰ Las actuaciones de pleno jurisdiccional no deben confundirse con las de las salas de siete magistrados o de las Salas de Pleno en las que actúan todos los magistrados de la Sala, pero no lo hacen bajo el cobijo del art.264 LOPJ.

¹¹ A esta dificultad se refiere FERRER BARQUERO como «la controvertida delimitación de la injusticia», recordando que se ha propuesto la sustitución del término «injusta» por arbitraria (*El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 93). También GÜIDI CLAS subraya que el principal problema del tipo de prevaricación judicial

ocasiones, probablemente por la dificultad de definir lo injusto, lo que se hace es adjetivarlo; basta dar un repaso a la jurisprudencia para leer que la contrariedad a la ley ha de ser patente, manifiesta, clara, indiscutible, evidente o indudable a todas luces, términos todos ellos que parecen referirse más a la evidencia de la injusticia que a la injusticia misma y su contenido. Dicho de otra forma, esos adjetivos no permiten deslindar con seguridad qué resoluciones contrarias a la ley pueden considerarse prevaricadoras y qué otras, igualmente contrarias a la ley, quedan fuera del ámbito del delito. Desde ahora podemos adelantar que es posible y más segura una delimitación negativa, es decir, determinar qué resoluciones no pueden ser tenidas por «injustas» a efectos de prevaricación y, a continuación, en el caso concreto, tras descartar que no se trate de ninguna de las resoluciones que no pueden tildarse de prevaricadoras, analizar si la resolución encierra alguna de las «injusticias» no descartadas y si la misma aparece como indiscutible o indudable. Para descartar del ámbito de la prevaricación las resoluciones que, aún ilegales, no sean injustas, debemos previamente referirnos al contenido de la independencia judicial, al funcionamiento de la interpretación y al valor de la jurisprudencia. A estas cuestiones nos referimos más adelante.

Si optamos por una interpretación desmedida del término «injusta», quedará vulnerada la independencia judicial. La explicación de la prevaricación como aplicación torcida de la ley, nos lleva a algo distinto que a una aplicación equivocada, minoritaria, novedosa u opinable de la ley. Si se hace una interpretación equivocada, la respuesta debe darse a través de los recursos previstos contra dicha resolución. Si la aplicación es novedosa, minoritaria u opinable, puede acabar imponiéndose y de no ser así, la vía para desecharla es, otra vez, el recurso.

Por otro lado, hablar de injusticia en una decisión judicial es demasiado amplio e impreciso y, sin embargo, debe concretarse, por ser esa injusticia el núcleo central de la conducta típica. Lo que parece claro — ya se ha indicado— es que no podemos entender que injusto se oponga a algo único, a una norma con un sentido único, porque la norma puede tener más de una expresión válida. Injusto e ilegal no coinciden; tampoco puede identificarse injusto y opinable. Como ya se ha indicado, la ley no siempre tiene una aplicación segura, sino que debe someterse a los criterios interpretativos recogidos en el CC que permiten, en algunos casos, alcanzar más de un resultado exegético válido. Así, la prevaricación no es la contrariedad a la ley, sino la contrariedad a cualquiera de las interpretaciones posibles de la ley, que se sustituyen por una interpretación no legítima. Con todo, la anterior afirmación no resuelve definitivamente el

---

es la interpretación del vocablo injusticia (*La prevaricación judicial en España y en el Derecho Comparado*, Barcelona, Bosch, 2006, p. 228). Para RAMOS TAPIA, la injusticia es la piedra de toque de la responsabilidad por prevaricación (*El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 249).

límite entre la prevaricación y la decisión ilegal, siendo necesario acudir al elemento subjetivo que, en el caso del art. 446 es «a sabiendas», lo que puede interpretarse como dolo directo. En palabras del TS, se exige «un dolo específico y en cierto modo reforzado» (STS 29 de noviembre de 1993), sin que sea necesario que aparezcan móviles específicos¹² junto al dolo (STS 11 de diciembre de 2001). Sobre la exigencia de dolo directo, descartándose el dolo eventual, la doctrina se muestra dividida¹³.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí dicho, nos fijamos en la teoría objetiva que, a la hora de determinar cuando la resolución es injusta, nos indica que lo será cuando se oponga objetivamente al derecho. Lo anterior requiere matizaciones si pretende ser útil. Además, debe tenerse en cuenta que la delimitación concreta del elemento injusticia reclama la labor de desbroce negativo a la que nos acabamos de referir; es decir, lo primero que debe hacerse es determinar qué resoluciones no pueden integrar la tipicidad de la prevaricación aun siendo equivocadas, cuestionables, novedosas o no compartidas.

La oposición objetiva al derecho que exige la teoría objetiva no puede hacerse coincidir con la recurribilidad exitosa de la decisión que acaba revocada o corregida en vía de recurso. De admitirse que injusta es la resolución recurrida con éxito, todos los jueces que ven corregidas sus resoluciones en vía de recurso serían prevaricadores. La anterior conclusión, no solo no se corresponde con la realidad de las cosas, sino que sería contraria a la independencia judicial y al funcionamiento de la interpretación. En este sentido García Arán sostiene que en la prevarica-

---

¹² Para RAMOS TAPIA, la concurrencia de posibles móviles servirá para afirmar el tipo objetivo y no para completar el tipo subjetivo (ob. cit., pp. 379-378)

¹³ PEDREIRA GONZÁLEZ admite el dolo eventual en el art. 446 por entender que la existencia del tipo imprudente no permite dejar impunes conductas más graves —dolo eventual— y castigar las más leves —imprudencia— (ob. cit., pp. 133-134). El argumento es atractivo, pero parece no considerar que los injustos de los arts. 446 y 447 no son iguales en su parte objetiva, al referirse, uno, a una resolución injusta y, otro, a una resolución manifiestamente injusta. Con todo, lleva razón el autor cuando indica que la cuestión de fondo está en la falta de certeza del Derecho y en la ampliación de la expresión «resolución injusta» y la pretensión de «otorgar relevancia penal a resoluciones admisibles en Derecho e, incluso, a comportamientos que forman parte del ejercicio legítimo de la función jurisdiccional». Tal como se sostiene en este trabajo, la prevaricación no es ni el límite ni el castigo de la libertad de interpretación. Para otros autores, el dolo eventual debe descartarse del art. 446, precisamente, en base a la idea de que no hay una sola solución justa y de que el sistema de recursos se asienta sobre la idea de que los jueces pueden equivocarse y de que pueden ser conscientes de la probabilidad de que su entendimiento no resulte correcto, siendo los recursos los que deben dar respuesta a lo «doloso eventual» (GARCÍA ARÁN, ob. cit., p.130). Con detalle para las distintas interpretaciones del elemento «a sabiendas, ver RAMOS TAPIA, ob. cit., pp. 375-413; FERRER BARQUERO, *El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., pp.152-165; PEDREIRA GONZÁLEZ, ob. cit., pp.126-135; E. HAVA GARCÍA, «Prevaricación judicial», en F.J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 837-838.

ción hay una infracción de ley, «pero no en toda infracción de ley o, si se quiere, en toda decisión injusta, hay un delito de prevaricación», concluyendo que la injusticia de la resolución es un elemento normativo del tipo objetivo que debe unirse con los elementos subjetivos «a sabiendas» o «por negligencia o ignorancia inexcusables»¹⁴.

Lo recurrible con éxito no se puede identificar con la prevaricación. Además, parece evidente que una resolución irrecurrible o que no se recurre o que se recurre sin éxito, puede ser prevaricadora. Como se ha indicado ya, no prevarica el juez que se opone objetivamente a la ley, sino el que se opone a cualquiera de los resultados distintos cubiertos por un método de interpretación válido¹⁵; es decir, prevarica el juez que ha seguido un procedimiento de interpretación inadmisibles que lleve a un resultado inadmisibles.

En este sentido, parte de la doctrina identifica la injusticia de la prevaricación con la idea de una resolución indefendible el derecho. Lo anterior puede aceptarse siempre y cuando no se identifique lo «defendible» con la doctrina de una instancia superior; aunque se trate del Tribunal Supremo o con la opinión doctrinal tradicional nunca cuestionada; es decir, lo «defendible» es —en la línea ya expuesta— lo que es posible dentro del ámbito de decisión legitimado por la interpretación. Lo defendible o indefendible de una resolución no se definen como la obediencia al Tribunal Supremo o la desobediencia al mismo, dado que la doctrina del Tribunal Supremo no tiene el valor vinculante que caracteriza a la ley, tal como razonaremos más adelante. Ciertamente es que el TS, incurriendo en grave equivocación, entendió en su S 2338/2001, de 11 de diciembre, que la injusticia de una resolución consistía en el «apartamiento de la consolidada doctrina jurisprudencial...en cuanto se aparta de la legalidad, en el sentido en que esta Sala Casacional, en su función de policía jurídica y por lo tanto como garante del principio de seguridad jurídica»¹⁶. Las

---

¹⁴ Ob. cit., p. 121. Establecer, como hace la autora citada, la relación entre el elemento subjetivo y la magnitud de la injusticia es fundamental y exigido por la concreta regulación legal que, ante comportamientos dolosos, se conforma con una injusticia —simple injusticia—, mientras que en la actuación imprudente o por ignorancia, exige que la injusticia sea manifiesta.

¹⁵ Según G. ROSADO IGLESIAS («Independencia y responsabilidad judicial», en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 29, 2006, p. 64) «el marco de actuación determina los límites, pero es amplio, ambiguo, abierto a distintas posibilidades interpretativas, con un alto margen, en algún caso mayor que en otros, de indeterminación. Consecuentemente no es descabellado que, aplicando la misma ley y cumpliendo con la misma fidelidad sus extremos, la realidad de la jurisprudencia muestre numerosas decisiones distintas, incluso contradictorias».

¹⁶ Sobre esta STS ver el acertado comentario de G. BENLLOCH PETIT, «¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (caso Santiago Raposo)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11 (2003). A esta STS 2338/2001 me he referido en A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «¿Son vinculantes los acuerdos

anteriores afirmaciones no caben en el sistema español de fuentes, desconocen la libertad interpretativa que tiene el juez, parten de una inexistente fuerza vinculante de la doctrina del TS y suponen con error que la prevaricación es la respuesta al disenso. Lo defendible en Derecho será lo que la labor interpretativa consienta; esta idea la expresa Pedreira González al afirmar que «El Juez o Magistrado que, en el ejercicio legítimo de su función, opta por una interpretación razonable y posible de la ley, no dicta una resolución injusta a efectos del delito de prevaricación»¹⁷.

2.2.2. Los escenarios de la resolución injusta: interpretación, hechos probados y normas procesales.

Antes de continuar con el análisis de aspectos necesarios para determinar cuando una resolución es injusta o, más concretamente, cuando no cabe ese calificativo, procede una aclaración. La prevaricación no solo nace cuando se utiliza un método de interpretación irrazonable que lleva a una aplicación de la ley irrazonable, por más que con estas expresiones nos refiramos de forma general al contenido del delito. El juez no solo interpreta la norma sustantiva aplicable; su labor es más compleja. Tiene que establecer el relato de hechos que se derive de las pruebas: debe interpretar las normas procesales que rigen su actividad y que ordenan el procedimiento y no puede perder de vista otras normas que también reglan su actuación y que determinan el contenido de la resolución. En cualquiera de estos ámbitos puede tener vida la prevaricación si hay una resolución que encierre la injusticia. Así, si una prueba de ADN concluye que un individuo no puede ser el padre biológico de otro, el juez no puede tener por probado lo contrario en base a que los dos sujetos se parecen un poco; tal solución es irrazonable y arbitraria. En otro ejemplo, si el juez considera que la norma que debe aplicar es claramente contraria a la Constitución, no por ello puede dejar de aplicarla, sino que debe acudir al Tribunal Constitucional y plantear la cuestión de inconstitucionalidad, suspendiendo el proceso judicial porque así lo ordena el art. 35 LOTC. Un último ejemplo, si el juez considera que un hecho no está tipificado como delito, pero que debería estarlo, no puede inventarse el delito o extender otro por analogía, para acabar condenando, porque se lo impide el principio de legalidad, debiendo proceder, en su caso, como indica el art. 4 del CP: «se abstendrá de todo procedimiento...y expondrá al Gobierno las razones que le asisten para creer que debiera ser objeto de sanción penal». Cualquiera de los ámbitos ejemplificados puede dar lugar a resoluciones prevaricadoras si se cumplen todos los elementos del tipo.

---

del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 10-02 (2008), pp.23-25.

¹⁷ Ob. cit., p. 113.

Nos detenemos en la cuestión de la infracción de normas procesales y bajo qué circunstancias dicha infracción permitiría pensar en una prevaricación. Obviamente, la infracción deberá contenerse en una resolución. La mera infracción del procedimiento no contenida en una resolución injusta o no provocadora de una resolución injusta nos saca del ámbito de la prevaricación que siempre requiere una resolución. Es evidente que no cualquier vulneración de la normativa procesal puede considerarse prevaricación, aunque esa vulneración se instrumentalice a través de una resolución. La prevaricación no consiste en la actuación procesal incorrecta del juez —incumplir plazos o prescindir de ciertas actuaciones—. Si el juez vulnera las normas procesales, el remedio, por lo general, debe buscarse en los recursos, incluido el amparo si se trata de una infracción al art. 24 del texto constitucional. Pensar que cualquier infracción procesal deba responderse con la prevaricación es incorrecto e incompatible con el principio de intervención mínima. La prevaricación necesita una resolución —no una mera actuación—, pero es cierto que algunas infracciones procesales se plasman en una resolución o dan lugar a una concreta resolución; si este fuese el caso, podríamos plantearnos estar ante una resolución injusta a los efectos de la prevaricación, naturalmente, si se pudiesen afirmar todos los elementos del delito. En este punto podemos referirnos a la STSJ Andalucía 15/2011, de 13 de octubre, que condenó por prevaricación imprudente a un juez de familia por una serie de actuaciones que habían provocado mucho ruido mediático, compareciendo el propio juez ante los medios de comunicación para relatar lo sucedido. Esta Sentencia incluía un voto particular contrario a la mayoría. El Fiscal pedía la absolución por faltar a una concreta resolución. Recurrida la sentencia condenatoria, el TS en su sentencia 5712/2012, de 29 de junio, apreció la prevaricación dolosa con el apoyo de tres de los magistrados, formulando los dos restantes voto particular. La calificación se refiere, por un lado, a un Auto en el que se asume la tramitación de un asunto que competencialmente estaba en manos de un Juzgado de Violencia contra la mujer que ya había decidido sobre la cuestión y, por otro lado, a una serie de defectos o carencias en la tramitación del asunto, a lo que se añade la comparecencia del juez en un medio de comunicación. Es decir, no se cuestiona solo la decisión de fondo, sino, también, la vulneración de una norma de atribución competencial y el prescindir de trámites que debieron seguirse. Puede leerse en la STS lo siguiente «Tal cúmulo de actuaciones injustas, que afectan a la competencia objetiva del juzgado, a la conformación de su competencia a través del reparto de asuntos, a la observancia del proceso debido y, en fin, al propio contenido material de la decisión hacen que, deba ser tenida por resolución injusta, no solo por el contenido material de la resolución sino por todo el proceso seguido para su adopción». En el voto particular formulado por un magistrado y al que otro se adhiere, se considera que procedía la absolución porque el art. 158 CC, en la redacción entonces vigente, permitía asumir la competencia en base a razones de urgencia en ese supuesto y el Auto cuestionado, lejos de oponerse a lo resuelto

por el juzgado originariamente competente, lo apoya y lo desarrolla respetando su contenido. También se recuerda que, recurrido el Auto, la Audiencia Provincial lo avaló¹⁸. Se sigue indicando en el voto particular que, aunque se obvió algún trámite procedimental, ello no es suficiente para considerar que hay una resolución injusta o manifiestamente injusta. Además, se advierte que la comparecencia del juez ante los medios de comunicación era improcedente y podía haber generado responsabilidad disciplinaria, pero no llevar a una condena por prevaricación.

Las distintas posiciones que se manifiestan en este caso nos permiten ilustrar si una tramitación procesal incorrecta es suficiente para condenar por prevaricación. Como ya se ha indicado, la sola tramitación cuestionable, sin resolución concreta que recoja una injusticia, no es suficiente para construir una prevaricación dolosa o imprudente, a pesar de que el TS no tiene inconveniente en considerar lo contrario. Y no es suficiente que haya una resolución alcanzada tras esa tramitación incorrecta, porque lo que el CP exige es una resolución injusta o manifiestamente injusta por su contenido, no porque sea consecuencia de una tramitación cuestionable. Por otro lado, parece evidente que se puede dictar una resolución injusta tras una tramitación impecable. En la opinión que aquí se sostiene, la condena por prevaricación —dolosa o imprudente— no es admisible en este caso por las siguientes razones: 1^a) la decisión plasmada en el Auto no era injusta porque la asunción de la competencia por razones de urgencia estaba autorizada por el art. 158 CC y la decisión no contrariaba la previamente asumida por el Juzgado de Violencia contra la mujer; muy al contrario, respondía a su espíritu; 2^a) la tramitación procesal que prescindió de algún trámite, por sí, no da lugar a delito de prevaricación, sino a la consideración por vía de recurso de la autoridad judicial superior que, en este caso, avaló la resolución del juez; 3^a) la comparecencia antes los medios de comunicación fue, probablemente, inapropiada y susceptible de ser corregida disciplinariamente, pero, en absoluto, puede considerarse prevaricadora. Este caso sirve de ejemplo para ilustrar la dificultad de determinar la injusticia de la prevaricación:

---

¹⁸ Naturalmente, una resolución injusta no deja de serlo porque sea avalada en vía de recurso por la Audiencia; por ello, el juez penal que resuelve sobre la posible prevaricación no está supeditado a la decisión de la Audiencia que ratifica la resolución objeto de la prevaricación; es decir, no hay una prejudicialidad, civil en este caso, que vincule al juez penal. Sin embargo, la resolución del órgano judicial superior que ampara el auto cuestionado es un hecho que puede llegar a ser relevante a los efectos de entender que la resolución no era injusta. Pero también, en sentido contrario, puede decirse que la existencia de una resolución que desautoriza en vía de recurso una decisión inferior no es un indicio de prevaricación y, menos, la prueba del delito. La no vinculación de la injusticia de la resolución a su censura en vía de recurso es ahora más evidente que en la normativa anterior a 1995, cuando la Ley del Tribunal del Jurado derogó el art. 758 de la LECrim, en el que se contemplaba, a propósito del antejuicio, que «cuando el antejuicio tuviere por objeto alguno de los delitos de prevaricación relativos a sentencias injustas, no podrá promoverse hasta después de terminados por sentencia firme el pleito o causa que dieren motivo al procedimiento».

los distintos operadores que intervinieron sostuvieron la atipicidad, el delito imprudente y el delito doloso.

Volviendo ahora al planteamiento anunciado, si se quiere profundizar en el sentido de la injusticia de la resolución prevaricadora deben tenerse en cuenta, al menos, tres cuestiones de gran relevancia, alguna ya manejada: la interpretación y el carácter complementario de la Jurisprudencia; la existencia o no de jurisprudencia vinculante; y el límite entre las resoluciones erróneas o no mayoritarias susceptibles de ser corregidas en vía de recurso y las resoluciones prevaricadoras¹⁹.

2.3. *Independencia, interpretación y valor de la Jurisprudencia*

2.3.1. Independencia, sumisión a la Ley y libertad de interpretar

La Constitución establece que los Jueces y Magistrados son «independientes...y sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1), lo que supone, por un lado, la sumisión a la ley y solo a la ley y, por otro, la no sumisión jerárquica a las decisiones de otros jueces o magistrados, lo que no incluye las interpretaciones del TC (art. 5.1 LOPJ), a cuyo carácter vinculante nos referimos más adelante.

La sumisión al imperio de la ley tiene como consecuencia que cuando un juez duda de la constitucionalidad de una ley que debería aplicar al caso, o está seguro de esa contrariedad a la Constitución, no puede no aplicarla, sino que debe acudir al TC, planteando la cuestión de inconstitucionalidad. Por lo contrario, cuando un juez cree que una norma de rango inferior es contraria a una ley, puede no aplicar aquélla. La razón está en que el juez está sometido a la ley y al principio de legalidad y solo el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la ley.

En línea con lo establecido en el art. 117.1 CE, la LOPJ, partiendo de la independencia de jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 12.1), afirma que «No podrán los Jueces y Tribunales corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial sino cuando administren justicia en virtud de los recursos que las leyes establezcan» (art.12.2). Es

---

¹⁹ A estas cuestiones me referí en A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, «Independencia judicial y resolución injusta en el delito de prevaricación judicial», en I. Díez-Picazo Giménez y J. Vega Torres (Coord.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Ramón Areces, 2016, pp. 1955-1979, advirtiéndose que algunos de los preceptos legales entonces analizados se han visto posteriormente modificados. El presente trabajo tiene en cuenta los preceptos hoy vigentes.

claro el remedio para lo que un superior deba corregir: la resolución del recurso y no el delito de prevaricación²⁰. Por otro lado, el principio de intervención mínima nos indica que la vía del recurso para corregir interpretaciones y aplicaciones equivocadas debe limitar las condenas por prevaricación²¹.

La independencia judicial y la libertad de interpretación no quedan limitadas o moduladas por el delito de prevaricación; muy al contrario, dichas independencia y libertad interpretativas actúan como límite del injusto de la prevaricación. Es necesario recordar que cuando hablamos de libertad de interpretar se dibujan dos escenarios relevantes para entender la prevaricación.

En primer lugar, la libertad de interpretar del juez presupone —tal como ya se ha indicado— que no hay un único resultado aplicativo válido. Es decir, no puede decirse que solo exista una interpretación admisible y que cualquier otra sea una exegesis prevaricadora. En palabras de Bacigalupo, «no hay un único entendimiento de la ley, la ambigüedad del lenguaje, y los diversos métodos interpretativos llevan a posibles interpretaciones diferentes. Así, la misión del intérprete es comprender la

²⁰ El art. 13 de la LOPJ establece que «Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados.» El término «todos» incluye a cualquier juez o Tribunal y al Consejo General del Poder Judicial. La STC 108/1986, 29 de julio establece que «la independencia judicial...debe ser respetada tanto en el interior de cada organización judicial (art. 2 de la LOPJ) como por «todos» (art. 13 de la misma Ley). La misma Constitución prevé diversas garantías para asegura esa independencia. En primer término, la inamovilidad, que es una garantía esencial (art. 117.2); pero también la reserva de ley orgánica para determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de los Jueces y Magistrados (art. 122.1), y su régimen de incompatibilidades (art. 127.2)... esa independencia tiene como contrapeso la responsabilidad y el estricto acantonamiento de los Jueces y Magistrados en su función jurisdiccional y las demás que expresamente les sean atribuidas por Ley en defensa de cualquier derecho (art. 117.4), disposición esta última que tiende a garantizar la separación de poderes».

²¹ CÓRDOBA RODA, J. en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (directores), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 2133. La STS 102/2009, de 3 de febrero, se refiere a la diferencia entre la resolución que puede corregirse en vía de recurso y la resolución prevaricadora al decir que «la tarea judicial es susceptible de extralimitaciones y disfunciones... disfunciones nacidas de la simple falibilidad humana, disfunciones propias del sistema, formado por hombres que no son infalibles para las que el propio sistema prevé el régimen de recursos. El error, en estos casos, es imputable al propio sistema jurídico en la medida que la aplicación errónea del Derecho proviene de la propia falibilidad humana para las que el ordenamiento previene el régimen de recursos. Incluso el ordenamiento internacional prevé como derecho del condenado un régimen de revisión por una instancia superior (art. 14.5 PIDC y P), y los ordenamientos procesales se estructuran en torno a la doble instancia para asegurar el acierto en la decisión del conflicto». Más allá de la idea de que el error del juez es imputable al sistema, subrayamos la afirmación de que a los errores judiciales se da respuesta con los recursos contra las resoluciones equivocadas. Concluye la resolución afirmando que «por resolución injusta habrá de estimarse aquella que se aparta de las opciones jurídicamente defendibles careciendo de toda interpretación razonable siendo, en definitiva, exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de la mera ilegalidad».

ley a partir de su análisis lingüístico, pero comparándola con la realidad...»²².

En segundo lugar, esa libertad de interpretación no es mero mecanismo de actuación práctica, no es solo una técnica de funcionamiento; muy al contrario, se trata de una de las grandes conquistas respecto de la época ilustrada en la que el juez tenía prohibido interpretar la ley, que debía aplicar como resultado único de forma automática. La interpretación era, en palabras de Beccaria, un mal, al igual que la oscuridad de los textos legales. Se aspiraba a leyes claras y de seguro entendimiento que no requiriesen ser interpretadas y, en ese sentido, se creía que la garantía de la correcta aplicación de las leyes estaba en su redacción segura y en la prohibición de que las mismas fuesen interpretadas. Así era como se entendía el principio de legalidad²³: el juez no puede interpretar la ley, solo el legislador puede hacerlo.

Lardizábal, aun sosteniendo la misma idea sobre la redacción de las leyes y el principio de legalidad, sin embargo, admite excepcionalmente que, en algunos casos, el juez debe hacer una interpretación extensiva, porque el caso no está en la letra de la ley, pero sí queda abarcado por su espíritu. En realidad, lo anterior no supone la admisión de que el juez pueda interpretar extensivamente, sino más bien, el reconocimiento de la necesidad de hacer analogía para extender la norma a un supuesto no estrictamente contemplado. Debe recordarse que la Constitución de 1812 atribuía a los Tribunales la potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales (art. 242), pero no permitía que hiciesen interpretación, obligándoles a acudir al Tribunal Supremo encargado de «Oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar

---

²² E. BACIGALUPO, «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Madrid, CGPJ, 2001, p. 133. M. JAÉN VALLEJO, refiriéndose al criterio objetivo, considera que «El problema que plantea este criterio es que presupone que la norma que se aplica tiene que ser una norma clara y terminante, que no requiere para su aplicación sino el mero conocimiento de las palabras del texto legal», concluyendo que «... si el criterio objetivo se aplicara estrictamente en la determinación del adjetivo «injusto», la consecuencia sería clara: como las leyes son ambiguas, difícilmente se puede prevaricar, pues no sería posible conocer con exactitud la solución jurídicamente correcta, es decir, ¡casi nunca podría apreciarse prevaricación!, con lo que la norma perdería prácticamente su vigencia efectiva. Como puede comprenderse, esta consecuencia es inadmisibles, porque deja sin contenido la norma penal» («La ilicitud del delito de prevaricación judicial. A propósito de la STS de 15 octubre 1999 y del ATS de 23 julio 2002», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04 (2002), pp. 2-3).

²³ El pensamiento de Beccaria debe entenderse en su contexto: ante la arbitrariedad de los jueces de la época y la inseguridad jurídica existente, formula el principio de que las leyes no pueden ser interpretadas por el juez, que debe limitarse a aplicarlas conforme las formula el Legislador, porque solo así puede garantizarse la separación de poderes. La labor del juez debe limitarse a hacer el silogismo perfecto —premisa mayor, premisa menor y consecuencia—, considerando que no hay nada más peligroso que consultar el espíritu de la ley (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Milano, Giuffrè, 1873, pp. 17-22).

sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes» (art. 246). Es decir, los jueces en el ejercicio de su jurisdicción, podían aplicar la ley, juzgando y ejecutando lo juzgado, pero cualquier duda que requiriese interpretación se trasladaba al Tribunal Supremo, que no la resolvía, sino que la escuchaba para trasladársela al Rey y este, a las Cortes que tenían atribuida la función de «Proponer y decretar las leyes e interpretarlas» (art. 131. 1.ª). Pero, en la actualidad, la interpretación de las leyes está atribuida expresamente a los jueces y tribunales y solo cuando duden sobre la contrariedad a la Constitución de una ley, deberán acudir al Tribunal Constitucional, planteando la cuestión y acatando su interpretación y decisión (art. 5 LOPJ).

2.3.2. El valor complementario de la Jurisprudencia

Vista la libertad de interpretación que tienen hoy todos los jueces y tribunales, la siguiente pregunta que debemos hacernos al hablar de prevaricación es si en Derecho español existe algún caso en el que un tribunal superior pueda imponer su interpretación a los órganos inferiores, más allá de la posibilidad de corregir *a posteriori* la opción del inferior mediante la decisión de un recurso. Es decir, debemos ver si existe algún supuesto de vinculación previa a la doctrina de una instancia superior, porque, de ser así, la desobediencia de un juez nos podría situar en el ámbito de la prevaricación. Dicho con otras palabras, debemos indagar si en nuestro sistema existe o no jurisprudencia vinculante *a priori* y, por tanto, si la jurisprudencia o su doctrina tienen carácter de fuente del Derecho.

En el CC hay referencia a la jurisprudencia como la doctrina reiterada del TS, entendiéndose tradicionalmente que tal doctrina se alcanza cuando, al menos, dos²⁴ resoluciones adoptan la misma tesis. La juris-

²⁴ La sentencia única puede generar efecto de cosa juzgada y solo en esa medida vincula a otros órganos judiciales que no pueden volver sobre el asunto resuelto. Esa vinculación por cosa juzgada es una consecuencia de la seguridad jurídica, no de que la doctrina contenida en la sentencia única vincule a todos los órganos judiciales al resolver otros asuntos. Es más, la doctrina de una sentencia única, tampoco vincula al órgano que la dictó que puede en otro asunto sustituirla por otra doctrina si motiva el cambio de criterio y no vulnera con ello el principio de igualdad (la STC54/2006, de 27 de febrero, afirma que «para que pueda apreciarse su vulneración deben concurrir los siguientes requisitos: en primer lugar, la acreditación de un *tertium comparationis*, ya que el juicio de igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes decisiones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan resuelto de forma contradictoria; en segundo lugar, la existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, la «referencia a otro», lo que excluye la comparación consigo mismo; en tercer lugar, la identidad de órgano judicial, entendiéndose por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de Sección, al considerarse éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta

prudencia encuentra definición en el art. 1 del CC, no como fuente del Derecho —no está ubicada en el apartado 1, que es el que indica cuáles son esas fuentes—, sino como complemento del ordenamiento que se genera como consecuencia de la interpretación y subsiguiente aplicación de la ley, la costumbre o los principios generales —apartado 6—; esa interpretación no es fuente, sino que tiene por objeto a las fuentes y estas fuentes vinculan al juez que no puede prescindir de las mismas —apartado 7—, ni sustituirlas por una fuente jurisprudencial. Además, esa interpretación no es libre, sino que está sometida a las reglas contempladas en el art. 3.1 CC. A los efectos que aquí más interesan, subrayamos que la jurisprudencia complementa el ordenamiento, pero no lo completa. Lo anterior es consecuencia lógica de entender que el ordenamiento está completo y no tiene lagunas de derecho, aunque pueda haber lagunas de ley —como veremos al tratar la negativa a juzgar—, por lo que la jurisprudencia no debe completarlo.

En definitiva, la jurisprudencia ni es fuente, ni crea fuente; su papel es complementar —no completar—, es decir, realizar el derecho que se deriva de las fuentes. La no aplicación de la jurisprudencia, es decir de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, no constituye, por sí sola, delito de prevaricación; una sentencia de un tribunal inferior que rechace la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se convierte en «resolución injusta» por ese solo hecho, por más que se pueda combatir mediante los recursos legalmente previstos y quedar anulada en la resolución de estos.

La opinión que se está defendiendo se ve acompañada por la desaparición del antiguo recurso de casación por infracción de doctrina legal. Este recurso permitía fundamentar su interposición en la inaplicación de la doctrina jurisprudencial, siendo la otra posibilidad alegar la inaplicación de la ley. Esto no convertía a la jurisprudencia en fuente y no la equiparaba a la ley, pero en el ámbito del recurso, quedaban en el mismo nivel ley y doctrina jurisprudencial. Con todo, de esta configuración antigua del recurso de casación no se extraía la conclusión de que la ley y la doctrina jurisprudencial fuesen iguales y ambas fuentes del derecho. El recurso que actualmente existe es el de casación por infracción de

---

desigualdad en la aplicación judicial de la ley y, finalmente, la ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, bien con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició»). A la vista de todo lo anterior, puede decirse que no seguir la doctrina contenida en una sentencia única —incluso si se trata del mismo órgano judicial que no se vincula motivadamente a su precedente y que no vulnera por ello el principio de igualdad— no nos coloca, por ese solo hecho, en el escenario de la prevaricación. Esta afirmación debe mantenerse, incluso, en los casos, en los que el TS considera que una única sentencia puede contener la doctrina jurisprudencial (STS, Sala Primera 335/2011, de 9 de mayo). Es más, si el abandono de la doctrina anterior se hace sin la debida motivación, no solo por ello se incurrirá en prevaricación, por más que quepa recurrirse al amparo si se ha faltado al principio de igualdad.

normas procesales o sustantivas en determinados casos, siendo uno de ellos que exista interés casacional. Tal interés casacional se cifra según el art. 477.3 LEC (redactado conforme al Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio²⁵) en que «la resolución recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas sobre las que no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo». Como puede observarse no se trata de fundar el recurso en la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues también se tiene en cuenta la inexistencia de la misma o las respuestas contradictorias de la Audiencias; además, este recurso es por «infracción de norma procesal o sustantiva» concurriendo interés casacional (art. 477. 2) y ese interés aparece si hay oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, si tal doctrina no existe o si hay respuestas contradictorias en las Audiencias. La configuración de este recurso pone de manifiesto lo siguiente: 1º) La sola oposición a la doctrina del Tribunal Supremo no legitima el recurso de casación; 2º) Esa oposición llega a la casación si lo denunciado es la infracción de una norma sustantiva o procesal; 3º) En el ámbito de este recurso se equipara la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo infringida a la inexistencia de tal doctrina o a la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias; 4º) La respuesta a desoír la doctrina del Tribunal Supremo no es el delito de prevaricación, sino el recurso de casación, en los términos expuestos y siempre que el mismo se funde en la infracción de una norma. No hay nada en este recurso, ni en el resto del ordenamiento, que nos acerque a la consideración de la jurisprudencia como fuente del Derecho o como una limitación de los jueces en su labor interpretativa.

En alguna ocasión, la Sala Segunda del Tribunal Supremo no ha entendido cuál es valor que la doctrina jurisprudencial tiene; más arriba, nos hemos referido a la resolución que condenó por prevaricación a un juez «desobediente» que interpretó la prescripción del delito correctamente, rechazando el parecer equivocado que hacía el TS (se trataba de establecer el momento de interrupción de la prescripción, fijando desde cuándo se entendía dirigido el procedimiento contra persona determinada). Volvemos a esta STS 2338/2001, de 11 de diciembre, que consideró prevaricadora una tesis que fue más tarde avalada por el TC y asumida por la reforma del CP de 2010. La injusticia de la resolución consistió, según el TS, en afirmar que el plazo de prescripción se interrumpe, no

---

²⁵ Se trata del Real-Decreto 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

con la interposición de la querrela, sino con la citación en calidad de imputado. El TS confirmó la condena porque «el auto no solo se aparta de la doctrina consolidada en sede jurisprudencial, sino que sostiene posiciones que no son jurídicamente asumibles por lo que debe estimarse como injusto en cuanto se aparta de la legalidad, en el sentido en que esta Sala Casacional, en su función de policía jurídica...ha determinado en relación a la prescripción, computo e interrupción.». Se argumentaba que se daba el elemento objetivo de la prevaricación, o sea que el auto «no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente sostenibles...careciendo de toda interpretación razonable, siendo expone de una clara irracionalidad.».

En definitiva, el TS entendió que se prevarica con el apartamiento de su doctrina, lo que no es correcto, ignorando que la jurisprudencia no tiene valor vinculante porque el art. 1.6 CC no se lo confiere y que «complementar» no es lo mismo que «completar». Lo que la jurisprudencia aporta al ordenamiento es algo contingente, no necesario y que no llega a formar parte de él, por más que resulte de gran utilidad al permitir su aplicación uniforme y sirva para salvaguardar la seguridad jurídica, pudiéndose imponer a través del sistema de recursos. Las fuentes declaran el Derecho y la jurisprudencia lo realiza.

Para concluir este epígrafe, refiriéndonos a la interpretación y a la prevaricación, podemos decir que el delito de prevaricación no es la solución al error del juez en la determinación de los hechos y la aplicación de la norma. Tampoco es el CP la respuesta al disenso respecto de la tesis de un Tribunal superior, cuando ese disenso se apoya sobre la base de lo permitido por las reglas de interpretación. Solo en vía de recursos puede corregirse el error o mantenerse en la tesis discutida.

La prevaricación no opera como correctivo de la interpretación posible, aunque no sea la preferible. En realidad, la cuestión debe plantearse, justamente, al revés: la interpretación posible y fundada, aun siendo novedosa o minoritaria, actúa como límite a la incriminación por prevaricación. Las interpretaciones posibles conforme a los criterios interpretativos aceptables son la barrera con la tipicidad de los arts. 446 y 447. En este sentido, Ramos Tapia afirma que «si dentro de las distintas interpretaciones posibles, el juez opta por la que le convence jurídicamente su resolución no podrá ser calificada de injusta, por muy discutida que sea su opción en la doctrina o por muy contraria que sea a la línea jurisprudencial imperante»²⁶.

En palabras de García Arán «no hay decisión injusta si se ha aplicado la legalidad debidamente interpretada...no puede hablarse de decisión prevaricadora allí donde se haya adoptado una *interpretación justificable*

---

²⁶ Ob. cit., p. 360.

teóricamente...para concretar la justificabilidad teórica de una interpretación habrá que acudir a los métodos admitidos por la ciencia jurídica»²⁷.

Si se acepta lo anterior, deberá concluirse que cualquier aspiración de justicia material en la aplicación de la ley, deberá canalizarse a través de la interpretación de la norma, nunca traspasando los límites de la norma. De esta manera, legalidad y justicia pueden coincidir o acercarse, es decir, dentro de los límites de la norma, la interpretación puede llevarnos a elegir la solución que mejor realice la justicia material. Pero si para realizar esa justicia material hay que omitir o vulnerar la norma y salir de ella y de sus interpretaciones posibles, entonces nos colocamos en un escenario en el que puede aparecer la prevaricación. Y ello, porque el CP encomienda al juez la aplicación estricta de la ley en todo caso, aunque eso conduzca a un resultado que pueda resultar injusto. Ese resultado injusto no puede ser resuelto por el juez inaplicando la norma o corrigiéndola. El remedio que contempla el CP en estos casos es el contenido en el art. 4.3, referido a los resultados injustos —penas excesivas o conductas que no deberían castigarse—, ante los que el juez debe «ejecutar desde luego la sentencia» en la que haya plasmado «la rigurosa aplicación» de la ley y acudir al Gobierno exponiendo las razones que aconsejan derogar o modificar la ley y conceder el indulto. Lo anterior quiere decir que el juez no puede hacer justicia material fuera de la norma, que ha de aplicar rigurosamente hasta la ejecución, limitándose sus consideraciones de justicia a lo que la norma y sus posibles resultados interpretativos admisibles consienten. En este sentido, Torío López afirmaba que «la referencia a la gracia confirma sustancialmente la intangibilidad jurisdiccional del ordenamiento jurídico»²⁸.

Por otro lado, en materia de Derecho Penal, la búsqueda de la justicia material puede venir dada por la determinación del bien jurídico²⁹ y de la antijuridicidad material, frente a la antijuridicidad formal, lo que nos permite, en ocasiones, no aplicar el tipo penal, siendo instrumento idóneo para ello el método de interpretación teleológico contemplado en el art. 3.1 del CC cuando se refiere a que «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras...atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Cuando hablamos de interpretación en el ámbito del Derecho Penal es necesario acudir al art. 3 CC, en el que se refieren las reglas y métodos de interpretación de todo el ordenamiento jurídico. La razón está en que el CP contempla en su Título Preliminar

²⁷ Ob. cit., pág. 117.

²⁸ «Tipicidad. Referencia a la Teoría de los tipos abiertos», en J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Vinculación del juez a la ley penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 1995, p. 15.

²⁹ En este sentido FERRER BARQUERO considera que lo primero que debe establecerse es si la resolución concreta lesiona el objeto de tutela porque pretenda «alguna suerte de obstrucción a la Administración de Justicia», a lo que debe añadirse la conculcación de algún principio constitucional (*El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., pp. 139-141).

las normas de aplicación de sus preceptos, pero no las que rigen su interpretación que deben buscarse en el CC. Debe recordarse que el Título Preliminar del CC tiene una especial naturaleza, considerando algunos que materialmente tiene valor constitucional, lo que, aun negándose, no impide afirmar el carácter de general aplicación. La STC 253/1988, de 20 de diciembre, considera que los criterios interpretativos del art. 3.1 CC son compatibles con la Constitución y «lejos de constituir un obstáculo a la adecuación de las normas a la Constitución, la potencian, desde el momento en que el texto constitucional se convierte en el «contexto» al que han de referirse todas las normas a efectos de su interpretación».

2.4. Casación para la unificación de doctrina en el ámbito social. Sentencias del Tribunal Constitucional

Nos referimos ahora a las sentencias que resuelven el recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisdicción social (arts. 218 y siguientes de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social —en adelante LJS-) ³⁰. Esta casación está pensada para resolver la existencia de criterios discrepantes cuando, las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia en suplicación son contradictorias entre sí o con las de otras Salas de otros Tribunales Superiores o del Tribunal Supremo, todo ello estando ante situaciones sustancialmente iguales. Se pretende con este recurso «evitar una disparidad de criterios susceptibles de producir un quebranto en la unificación de la interpretación del derecho y en la formación de la jurisprudencia» (STS, Sala de lo Social, 307/2018, de 15 de marzo).

En lo que aquí nos interesa, las sentencias de unificación de doctrina deben respetar las situaciones jurídicas particulares ya resueltas ³¹ y, si son estimatorias, fijan «en el fallo la doctrina jurisprudencial», y ese fallo «se publica en el Boletín Oficial del Estado y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales» (219.3 LJS).

---

³⁰ El art. 493 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha quedado sin contenido por el art. 225.17 del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, ya citado. En el artículo sin contenido se contemplaba un recurso en interés de ley en el ámbito civil referido a sentencias discrepantes de las Salas de lo Civil y lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cuando resolvían recursos extraordinarios por infracción de ley procesal. Su regulación era prácticamente idéntica a la que tiene el recurso de unificación de doctrina en el ámbito social al que nos referimos en el texto.

³¹ Con la salvedad que incorpora el art. 219 LJS: la situación particular ya resuelta puede quedar afectada si las partes comparecen y se adhieren al recurso; la situación permanece intacta si la parte no ha recurrido o no solicita la modificación.

Las preguntas que requieren respuesta ahora son, al menos, cuatro: ¿qué sentido tiene la publicación en el BOE?, ¿qué grado de fuerza vinculante tiene estas resoluciones?, ¿cabe disenso razonado por parte de un juez?, ¿el juez que disiente de la doctrina contenida en el fallo prevarica? Analizamos estas cuestiones.

Los fallos estimatorios por recurso de casación para la unificación de doctrina en el ámbito social se publican en el BOE por su fuerza vinculante, pero esa vinculación no es absoluta, sino que lo es en concepto de complemento del ordenamiento jurídico (art. 219.3 LJS³²). De esta manera, se reproduce lo que el art. 1.6 CC dice para la jurisprudencia, o sea, que «complementará el ordenamiento jurídico» y se añade en la norma laboral que la vinculación a todos los jueces y tribunales es «en tal concepto», es decir, en el concepto de complemento del ordenamiento jurídico y no de fuente del Derecho.

El repetido art. 219.3 LJS reproduce lo recogido en el CC —complemento y no fuente—, con una diferencia: el CC habla de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo —es decir, al menos dos sentencias—, mientras que en el ámbito social se atribuye el carácter de doctrina jurisprudencial que complementa el ordenamiento a una única sentencia, pero esto en nada contraría el valor que el CC le quiere dar a las decisiones judiciales frente a las fuentes. Por otro lado, hay casos en los que una única sentencia se ha considerado jurisprudencia³³; además en los supuestos regulados en el art. 219.3 LJS no nos encontramos ante sentencias ordinarias que resuelven un caso concreto, sino ante sentencias de unificación que no buscan la solución individual, sino que quieren establecer doctrina jurisprudencial que sirve de complemento al ordenamiento jurídico.

En lo que se refiere a la fuerza de estos fallos, ya se ha indicado que las situaciones jurídicas particulares ya resueltas no se ven afectadas, salvo que las partes comparezcan y se adhieren al recurso. Lo relevante aquí es que la sentencia fija la doctrina jurisprudencial que vincula todos los jueces como complemento de la ley, pero no como si se tratase de una ley.

A la vista de lo anterior, podemos decir que la existencia de sentencias de unificación del TS en el ámbito social no modifica el sistema de fuen-

---

³² Según el art. 219. 3, último párrafo LJS, establece que «En defecto de solicitud de parte o en el caso de que las partes no hayan recurrido, la sentencia respetará la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y en cuanto afecte a las pretensiones deducidas por el Ministerio Fiscal, de ser estimatoria, fijará en el fallo la doctrina jurisprudencial. En este caso, el fallo se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social diferentes al Tribunal Supremo».

³³ Ver Nota 24.

tes y no genera una jurisprudencia vinculante que maniate a los jueces³⁴. Consecuencia de lo anterior es que el juez que inaplica la doctrina del fallo contemplado en el art. 219.3 LJS, no por ello incurre en prevaricación, dado que la vinculación que generan estos fallos es la misma que se contempla para la jurisprudencia en el art. 1.6 CC. De ahí, que la doctrina y la jurisprudencia del ámbito social consideren que es posible el disenso motivado. Así, se ha indicado que hay que «destacar a este respecto que el sometimiento incondicional de los jueces y magistrados está limitado en la Constitución «únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1 CE), mientras que la obligada atención a la jurisprudencia y en particular a la jurisprudencia de unificación de doctrina, que se apoya en razones evidentes de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, no genera un deber incondicional sino un deber de exposición razonada del porqué de la exclusión de la misma en el caso concreto»³⁵.

Nos referimos ahora a las sentencias del TC. Como es sabido, el TC no forma parte del Poder Judicial y es independiente de cualquier órgano del Estado, no pertenece a ninguno, ni se somete a ninguno, pues su única sumisión es a la Constitución y a su propia Ley Orgánica (art. 1 LOTC). No se establece la sumisión del TC a las leyes —lo que si se hace respecto de los jueces y magistrados del Poder Judicial— porque el Tribunal Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de la ley.

En este punto debe recordarse que las sentencias y autos del TC dictados en cualquier proceso constitucional, corrigen la previa jurisprudencia de los tribunales y determinan su posterior actuación. Lo anterior

---

³⁴ Distinta era la consecuencia que podía extraerse de la regulación del recurso extraordinario de casación en interés de ley en materia contencioso-administrativa, regulado en los arts. 100 y 101 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Este recurso fue suprimido por la Ley 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ. Se contemplaba en su configuración que la sentencia fijaba la doctrina legal, se publicaba en el BOE y «vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado». Salta a la vista la diferencia sustancial con las sentencias de unificación en el ámbito social: estas vinculan como complemento al ordenamiento jurídico, mientras que los desaparecidos fallos en materia contenciosa vinculaban de manera absoluta, sin indicarse que el carácter de esa vinculación lo fuese solo como complemento. Es decir, aquí si podía verse una jurisprudencia absolutamente vinculante que escapaba de la naturaleza que el CC le confiere.

³⁵ J. A. FERNÁNDEZ AVILÉS y V. RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, «Contenido y alcance de la sentencia dictada en recurso de casación para unificación de doctrina», en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *El recurso de casación para unificación de doctrina en el Orden Social de la Jurisdicción*, Madrid, BOE, 2020, pp. 505-507. Siguen estos autores diciendo que «En una inevitable visión «realista» de las cosas, y en la medida en que la infracción de la jurisprudencia aplicable al caso funda un recurso de casación —frente a las resoluciones de órganos inferiores que se apartan de la misma—, puede decirse que la jurisprudencia es fuente de derecho, incorporada la interpretación en ella contenida a la norma interpretada como complemento de la misma». Sobre el particular podemos decir lo siguiente: 1º) Se admite la afirmación como visión «realista», pero no con el significado jurídico que debe atribuirse al término «fuente». 2º) El valor de esa jurisprudencia está en el carácter complementario que establece el CC y asumen los autores.

quiere decir que hay una doble vinculación: *a priori*, a las interpretaciones que haya realizado el TC y, caso de discordancia, *a posteriori*, que obliga a corregir la jurisprudencia previa y contraria a una posterior doctrina del TC consecuencia de su interpretación hecha en procesos constitucionales. Esa doble vinculación es absoluta y no cabe disenso, ni si quiera, motivándolo. Así se deriva de los arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC que nos indican que la interpretación de las leyes hecha por los jueces debe ser conforme a la hecha previamente por el TC, y que la jurisprudencia de los tribunales de justicia debe ser corregida para adaptarla a la doctrina constitucional que pueda generarse después en cualquier proceso constitucional. Por otro lado, el art. 164.1CE ordena la publicación de las sentencias del TC en el BOE, recordando que dichas resoluciones tienen valor de cosa juzgada a partir del día siguiente a su publicación, que son irrecurribles y que operan frente a todos si declaran la inconstitucionalidad de una ley y si no limitan su fallo a la estimación subjetiva de un derecho. No se contempla ninguna válvula de escape, motivada o no, que permita prescindir de la doctrina recogida en las sentencias del TC, cosa que es posible para un órgano inferior respecto de las resoluciones de su superior en el ámbito de la jurisdicción.

La consecuencia inmediata de todo lo anterior es que «desobedecer» al TC en una resolución judicial nos coloca en el escenario del delito de prevaricación, sin importar si esa desobediencia se motiva o no. Si un juez, a sabiendas, prescinde de una resolución del TC y resuelve conforme a una interpretación desautorizada por el TC, incurrirá en delito de prevaricación.

2.5. Resoluciones atípicas

Teniendo en cuenta lo hasta aquí analizado, y a la hora de establecer las características de una resolución injusta, puede procederse conforme a las distintas teorías subjetiva, objetiva, mixta y de los deberes³⁶, pero, en todo caso, deben excluirse del ámbito típico las resoluciones que, aun siendo erróneas, ilegales, minoritarias o novedosas, sin embargo, no son «injustas», porque el CP exige una «resolución injusta» y no simplemente errónea, ilegal o discutible. Así, la STS 18 de junio de 1992 indica que «no toda infracción de las normas legales...acarrea de inmediato la responsabilidad criminal...la exigencia normativa del tipo consiste en la resolución injusta, no la simple resolución ilegal, y el reproche que la sanción penal entraña no se manifiesta ante la mera infracción de Ley, sino ante la consciente aplicación torcida del Derecho...La mera ilegalidad...no es suficiente para generar el delito de prevaricación, ya que puede hacerse

---

³⁶ Sobre estas teorías y sus resultados, ver por todos, PEDREIRA GONZÁLEZ, ob. cit., págs. 102-126.

cesar por la vía de los recursos». Por su parte la STS 992/2013, de 20 de diciembre, afirma que «...por resolución injusta, habrá de estimarse aquella que se aparta de todas las opciones jurídicamente defendibles, careciendo de toda interpretación razonable, siendo en definitiva exponente de una clara irracionalidad. La injusticia es por ello un plus respecto de mera ilegalidad...».

Con carácter particular, siguiendo la línea marcada por las resoluciones citadas y lo dicho más arriba a propósito de la interpretación y la independencia judicial, podemos establecer que hay resoluciones que no pueden tenerse por injusta a los efectos del delito de prevaricación.

En primer lugar, encontramos la resolución que se equivoca al declarar los hechos probados (se atribuyen a un sujeto bienes patrimoniales que son de otro; se imputa a un individuo el acceso carnal forzado con la víctima, cuando el acceso lo protagonizó otro) o al determinar la norma aplicable (se castiga al cómplice en base al art. 61 y no conforme al art 63). Estos errores deben corregirse a través de los recursos legalmente indicados.

En segundo lugar, pueden señalarse como atípicas las resoluciones que encierran una interpretación que pueda tildarse de errónea, pero no irracional, o que opten por una interpretación novedosa o minoritaria. Prueba de que lo minoritario no es prevaricación son las resoluciones de órganos colegiados en los que no se alcanza la unanimidad en las que se integran la decisión mayoritaria y aquéllas otras contrarias y minoritarias que se expresan en un voto particular. Si una interpretación minoritaria fuese típica a los efectos de la prevaricación, deberíamos concluir que un voto particular es materialmente prevaricador, aunque, tal como se ha indicado más arriba, al no ser el voto una resolución jurisdiccional no tiene cabida en el delito de prevaricación. Es la propia LOPJ la que, al regular los votos particulares, reconoce que el disenso es posible y que no puede ser criminalizado.

Como ya se ha indicado, una resolución que acoja una interpretación contraria a la hecha por un Tribunal superior no es injusta por ese solo hecho, al no establecerse la obediencia a la doctrina del Tribunal superior. Solo en vía de recurso puede corregirse esa interpretación disidente. Cuestión distinta es que un juez instructor actúe obviando lo resuelto por la audiencia en vía de recurso contra una resolución previa suya, obligándole a tomar la contraria; en este caso, si el instructor no se atiene al contenido de la resolución del recurso podría incurrir en prevaricación. Pero lo que no puede decirse es que la resolución corregida en vía de recurso sea, como consecuencia del éxito del recurso, una resolución injusta. La realidad de las cosas se opone a dicha conclusión.

Finalmente, nos referimos a las resoluciones que dan lugar al amparo constitucional por vulneración del derecho a la legalidad penal, para afirmar que la obtención del amparo no genera responsabilidad por prevari-

cación. La STC 13/2003, de 28 de enero, afirma lo siguiente: «toda norma penal admite diversas interpretaciones...nuestro papel como jurisdicción de amparo se reduce a velar por los valores de seguridad jurídica y de monopolio legislativo... verificando si la interpretación realizada era una de las interpretaciones posibles...»³⁷.

De todo lo anterior puede extraerse que entre una decisión correcta y unánime y una decisión prevaricadora hay un espacio en el que tienen vida varias posibilidades: la decisión legal, pero no unánime, por existir otras válidas; la decisión minoritaria o novedosa, pero fundada en un método interpretativo aceptado como válido; la decisión errónea que ha de resolverse en vía de recursos; y finalmente, la decisión que puede el TC corregir en vía de amparo. Ninguna de estas decisiones es prevaricadora.

Si, tal como indica el TC en la resolución recién citada, el amparo por vulneración del principio de legalidad procede ante una interpretación irrazonable o basada en una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante, parece evidente que para condenar por prevaricación hay que exigir algo más, salvo que se quiera concluir que, cada vez que el TC conceda el amparo frente a una resolución judicial irrazonable o extravagante, a continuación, debe condenarse por prevaricación.

La diferencia entre una resolución ilegal y otra que es injusta se refuerza a la vista de que el delito del art. 446 exige que la conducta se realice «a sabiendas». De ordinario, el juez que dicta una resolución errónea o ilegal lo hace creyendo que se trata de una resolución correcta o que encierra una interpretación admisible, aunque sea novedosa; por lo contrario, una resolución injusta es la que se ha dictado «a sabiendas» de su contenido ilegal, conocimiento que no impide su dictado. Tratándose de la prevaricación imprudente, al faltar el elemento «a sabiendas», debe reforzarse la parte objetiva del tipo y exigirse que la resolución sea «manifiestamente injusta» y no, simplemente, injusta.

Antes de entrar a analizar la negativa a juzgar y el retardo malicioso, podemos resumir lo visto para el delito de prevaricación en lo que se refiere a la resolución injusta: es contraria a la resolución debida, es decir, a

---

³⁷ Sigue la Sentencia citada diciendo lo siguiente «aunque desde la STC 137/1997, de 21 de julio, hemos destacado que no se limita a comprobar el error patente o la manifiesta irrazonabilidad de las decisiones judiciales, sino que... exige comprobar en positivo la razonabilidad de la decisión...dicho de otro modo, no solo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico —una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante— o axiológico —una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro Ordenamiento constitucional conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios.». Parece evidente que el solo éxito del amparo constitucional no lleva inevitablemente a afirmar que el juez corregido prevaricó.

la que debe dictarse fundamentada en Derecho para satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional. Por otro lado, esa resolución injusta tiene un concreto contenido material que es el que expresa la injusticia.

Ese contenido material falta en los delitos de negativa y retardo, cuya característica está en que no se dicta la resolución debida, por lo que el núcleo del injusto no estará en un contenido material inaceptable, sino en no cumplir con las normas constitucionales, civiles o de procedimiento que obligan al juez a dictar la resolución o a hacerlo sin demora. Lo anterior, sin embargo, no es obstáculo para que en estos delitos podamos encontrar resoluciones que pretendan justificar la inactividad del juez, por ejemplo, alegando la oscuridad de la Ley, o provocar el retardo inventando trámites inexistentes. En estos casos podría plantearse un concurso entre la prevaricación propia y la negativa o el retardo, al existir resoluciones con contenido material que puedan tildarse de injustas.

En el retardo malicioso y en la negativa a juzgar también falta la resolución debida, ya sea porque hay inactividad, ya sea porque esa inactividad se provoca o se pretende explicar en otra resolución que, naturalmente, no da satisfacción a la resolución debida que exige el derecho a la tutela judicial efectiva.

3. La negativa injustificada a juzgar: el deber de resolver siempre y en todo caso

La jurisprudencia explica la negativa a juzgar desde la idea del derecho a la tutela judicial efectiva y la inhibición manifiesta del deber de ejercer la jurisdicción (ATS 22 de junio de 2001 y ATSJ Cataluña 100/2003, de 11 de diciembre).

El CP refiere la negativa al ámbito de «juzgar», pero esta dicción no debe inducir a la confusión; el ámbito del delito no es solo el que se reside en el trámite del juicio, sino que debe considerarse el ejercicio de la función jurisdiccional en toda su amplitud, en cualquier momento procesal y en cualquier procedimiento, incluidos aquellos que no requieren un acto de juicio. No nos encontramos ante la negativa a juzgar, en sentido estricto, como negativa a llevar adelante un juicio, sino ante una negativa a resolver en cualquier momento procesal.

El derecho a obtener una resolución debidamente motivada se lesiona con la negativa a juzgar, dado que el delito se comete en los casos en los que falta la resolución sin causa que lo justifique o en los que la «resolución» no puede tenerse por tal porque no es la resolución debida, sino la que pretende explicar sin fundamento admisible la inactividad —por ejemplo, alegando que la ley es oscura—.

Debe advertirse que la sola falta de motivación de una resolución no puede situarnos ni en el delito de negativa, ni en la prevaricación, sino en la vía de los recursos. La resolución inmotivada —pero dictada y no injusta— no es delictiva; es recurrible.

Para delimitar el ámbito del delito de negativa a resolver es necesario tener en cuenta que existe el retardo malicioso, que también supone la omisión del comportamiento debido, en una dimensión temporal, buscando finalidades ilegítimas y sin necesidad de pretextar una causa. La negativa a juzgar no puede conformarse con la sola omisión, que puede ser consecuencia de la desidia, la mala organización o la llevanza imprudente de los asuntos. El CP no castiga el no juzgar o no resolver, sino el negarse a hacerlo en dos concretos escenarios: la falta de causa legal que justifique la negativa o pretextando una imposibilidad que el CC impide. Son estos escenarios los que deben analizarse para poder construir la negativa típica que se presenta como un acto positivo que expresa esa negativa. En definitiva, no se castiga aquí el no resolver, sino el negarse a hacerlo sin causa legal que lo ampare³⁸ o con pretextos inadmisibles (oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley). Como ya se ha indicado, el descuido, el olvido, la desatención o el retraso, que expresan comportamientos omisivos, no se contemplan en el art. 448 que se refiere al «Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley...». Estamos ante comportamientos activos, tanto en la negativa sin causa legal, como en la negativa con pretexto inadmisibles³⁹.

Debe señalarse que en el CP de 1973 no tipificaba la negativa a juzgar sin causa legal; solo contemplaba el segundo escenario de pretextar carencias de la ley. En realidad, ese segundo escenario hoy podría entenderse incluido en los casos de ausencia de causa legal, porque tales pretextos —insuficiencia, oscuridad o silencio de la ley— no son admisi-

---

³⁸ No hay negativa a juzgar cuando se resuelve desestimando una petición que se ha hecho en un procedimiento que no era el contemplado para formularla (ATSJA, Granada, 12-3-2004).

³⁹ Gran parte de la Doctrina así lo entiende. Solo cabría la omisión si el art. 448 se refiriese a no juzgar, pero no es así: se requiere un acto positivo que exprese la negativa infundada. En contra, FERRER BARQUERO (*El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., pp. 142-147) considera que la negativa a juzgar sin alegar causa legal admite comportamientos activos u omisivos, dado que «igual se afecta a la Administración de Justicia si el Juez justifica expresamente su inactividad como si no lo hace». Podemos aceptar que la Administración de Justicia se perjudica en ambos casos; pero de ahí no puede deducirse que los dos supuestos sean típicos conforme al art. 448. Como ya se ha indicado, dar entrada a la simple omisión supondría castigar conforme al art. 448 la desidia, el desinterés, o la gestión imprudente de los asuntos y debe repararse en que el legislador no ha querido castigar la imprudencia en este tipo penal, lo que si se hace en la prevaricación propia. La sola ausencia de resolución, sin plasmar previamente una negativa a resolver injustificada, es atípica conforme al art. 448, aunque podría ser típica conforme al art. 449.

bles en nuestro actual sistema, por lo que invocarlos es un supuesto de ausencia de causa legal. Además, si nos encontramos ante otros pretextos ilegítimos y distintos a los referidos a las carencias de la ley, no por ello diremos que la conducta es atípica, porque podrán ser reconducidos a la ausencia de causa legal o al tipo de prevaricación del art. 447. Así, la negativa a resolver para demostrar que el sistema funciona mal o para «proteger» a una parte y retrasar su ingreso en prisión o porque el juez está a la espera de una reforma legal que puede retrasarse un año o no llegar nunca, no es una negativa atípica, pues estos «pretextos» nos colocan, como mínimo, en el escenario de «sin alegar causa legal» o, incluso, en el de la resolución injusta del art. 447. Por lo acabado de indicar, no compartimos la opinión de Güidi Clas que sostiene que «si el juez se niega a juzgar en redondo, sin alegar pretexto alguno o aduce otros que no sean los mencionados, realiza una conducta atípica»⁴⁰. Por lo contrario, consideramos correcta la afirmación de Ferrer Barquero de que «... se persigue también al Juez que se niegue a juzgar sin aducir pretexto alguno»⁴¹.

Teniendo en cuenta lo dicho y desde la óptica de la oposición entre la resolución debida y la resolución que expresa la negativa a resolver, sin causa legal o pretextando carencias en la ley, solo puede entenderse el contenido de este precepto si se atiende al Código Civil, concretamente a su art. 1.7, y al deber de ejercer la función jurisdiccional expresado en el art. 11.3 LOPJ. El primero de los preceptos indicados establece que «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido», indicándose en el segundo que «Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes». De la lectura de los dos preceptos destacamos dos dicciones: «resolver en todo caso...ateniéndose al sistema de fuentes» y «de conformidad con el principio de tutela efectiva...resolver siempre».

Analizamos en qué consiste ese deber de resolver siempre y en todo caso. En primer lugar, es útil hacer referencia al principio «*iura novit curia*» que expresa que el juez conoce el Derecho y debe seleccionar e interpretar la norma, aplicando la que resulte adecuada, con independencia de la alegada por las partes⁴². Este principio supone que el juez no

⁴⁰ Ob. cit., p. 351.

⁴¹ «La vertiente omisiva de la prevaricación judicial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV, n. 143, 2002-2003, p. 359.

⁴² Para la STS, Sala Tercera, de 16 de junio de 2015, «El principio *iura novit curia* permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente

puede desconocer el Derecho, lo que es importante, no solo para el entendimiento del art. 448, sino también para delimitar el art. 447 referido al dictado de una resolución manifiestamente injusta por «imprudencia grave o ignorancia inexcusable». Nos detenemos en esta modalidad de prevaricación imprudente, subrayando que la exigencia de la que la ignorancia sea inexcusable nos da a entender que habrá una ignorancia excusable atípica en relación al tipo imprudente; dicho de otra forma, que el principio «*iura novit curia*» no es el reverso de la prevaricación imprudente, al dejar el delito fuera de su ámbito cierta ignorancia excusable⁴³.

El principio «*iura novit curia*» se relaciona con otro que dice «*da mihi factum, dabo tibi ius*» (dame los hechos y yo te daré el Derecho), que, igualmente, subraya que el juez debe conocer el Derecho y aplicarlo.

Con la limitación vista en la prevaricación imprudente, la idea de que el juez conoce el Derecho es obligada para entender que no cabe pretextar insuficiencias de la ley para justificar una negativa a resolver. La razón es la siguiente: el sistema de fuentes del art. 1.1 CC permite resolver en todo caso. En otros términos, aunque una ley contenga una laguna, sin embargo, el Derecho no contiene lagunas y el CC da al juez los instrumentos necesarios para resolver en todo caso. Esta afirmación de que el Derecho, entendido como la totalidad del Ordenamiento jurídico, no tiene lagunas supone dos cosas: 1^a) que el Ordenamiento es pleno, 2^a) que no se reconocen espacios jurídicos vacíos.

Igualmente, si la ley es oscura, las reglas de interpretación del art. 3 CC permiten al juez descubrir su entendimiento para poder aplicarla.

Lo anterior conduce a la prohibición del «*non liquet*» (no está claro), es decir, se impide la posibilidad de que el juez no resuelva por insuficiencias de la ley, porque, aunque dichas insuficiencias puedan existir (lagunas, antinomias o textos oscuros), el juez tiene los instrumentos para superarlas y resolver. La prohibición del «*non liquet*» debe relacionarse con el derecho a la tutela judicial efectiva.

La obligación de resolver en todo caso requiere ser explicada en base al sistema que el CC diseña en materia de aplicación del Derecho y de fuentes⁴⁴.

---

aplicación al caso, aunque los litigantes no las hubieren invocado, y que el juzgador solo esté vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia imprescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso».

⁴³ Sobre esta cuestión ver PEDREIRA GONZÁLEZ, ob. cit., pp.147-149.

⁴⁴ Se siguen aquí algunas consideraciones hechas en A. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Barcelona, Difusión Jurídica, 2007, pp. 15-23.

En primer lugar, hay que tener presente la diferencia entre lagunas de ley —que se reconocen— y lagunas de Derecho —que no se reconocen—. Las primeras se resuelven conforme al CC acudiendo al sistema de fuentes, a la extensión analógica de una norma (*analogia legis*) cuando es posible, o en base a la costumbre, o a un principio general o a varios (*analogia iuris*). Es decir, el CC permite resolver las lagunas de la ley por el sistema de autointegración. Por lo contrario, las llamadas lagunas de Derecho suponen que no hay ninguna fuente —ni ley, ni costumbre, ni principios— para resolver. Sin embargo, tal como ya se ha indicado, estas lagunas no se admiten en nuestro Ordenamiento. En este sentido, la Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código Civil (Decreto 1836/1974, de 31 de mayo), decía que «la formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho»; de ahí que el art. 1.7 CC establezca el deber inexcusable de los Jueces y Tribunales de resolver en todo caso atendiendo al sistema de fuentes⁴⁵.

El deber de resolver en todo caso supone que el juez no puede dejar ningún asunto sin resolver, por eso cualquier pretexto que quiera fundar su negativa a resolver al margen de lo ordenado en el CC es inadmisibile. Cierto es que ese deber de resolver no se puede cumplir de igual manera en todos los casos y deben tenerse en cuenta aquí las peculiaridades del Derecho Penal, comparando su aplicación con otras ramas del Ordenamiento. Pero, también aquí el CC nos da una solución, que resulta respaldada por el CP. Si nos fijamos en el ámbito del Derecho Civil, cualquier situación que se plantee y no esté legalmente contemplada, debe recibir un tratamiento por parte del juez que se extraerá, en ausencia de ley, de la aplicación analógica (art. 4.1 CC) o de la costumbre o de los principios generales (art. 1.1 CC). Lo anterior es consecuente, por ejemplo, con la libertad contractual propia del Derecho Civil contemplada en el art. 1255 CC, que permite dar vida a figuras contractuales atípicas, pero permitidas, que deben ser resueltas, en caso de conflicto, con una respuesta judicial que, en muchos casos recurrirá a la analogía.

En materia de Derecho Penal, la idea de que el ordenamiento está completo y no tiene lagunas, debiendo el juez resolver en todo caso, se plasma de otra manera. El juez resuelve, no solo cuando aplica el pre-

---

⁴⁵ El derogado art. 6.1 del CC decía que «el Tribunal que rehúse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirá en responsabilidad.». La derogación del precepto transcrito y el mantenimiento de los pretextos en el CP 1973 y en el texto vigente, no pueden conducir a afirmar una discordancia entre la normativa civil y la penal, toda vez que el art. 1.7 del CC, vigente desde 1974, establece con carácter general, y aún sin referencia a la oscuridad, silencio o insuficiencia de la Ley, el deber inexcusable de resolver en todo caso. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que ya el CP de 1848 se refería a la negativa a juzgar por silencio u oscuridad de la Ley y que este texto es anterior al Código Civil que data de 1889 y, por tanto, a la aparición del citado art. 6.1. La referencia que aparece en el CP de 1848 a la oscuridad o silencio de la Ley proviene del art. 135 del Código Penal francés de 1810.

cepto del CP sancionador o los preceptos que excluyen la sanción por concurrir justificación, exculpación, no punibilidad o falta de requisitos de procedibilidad, sino que también resuelve, cuando no aplica ningún precepto por declarar la atipicidad del comportamiento. Lo atípico en Derecho Penal no es una laguna y, por tanto, no debe colmarse analógicamente —lo que, además no es viable conforme a los arts. 4.2 CC y 4.1 CP—, y ello, aunque exista una norma que declare la tipicidad de un supuesto similar y con idéntica razón, no pudiéndose recurrir a la costumbre o a los principios generales, dada la vigencia del principio de legalidad.

El carácter fragmentario del Derecho Penal no es consecuencia de un olvido generador de una laguna, sino que es una opción —la que se hace al tipificar solo algunas conductas—, lo que nos lleva a afirmar que el ordenamiento penal es pleno y carente de lagunas. Cuando un juez penal declara que un comportamiento es atípico, no está reconociendo una laguna legal, sino que está aplicando la ley penal. Así lo expresa Orts Berenguer al decir que, si unas conductas no están castigadas en el CP «antes de pensar que allí ha surgido una laguna, habrá que inclinarse por la creencia de que no se las ha querido incriminar»⁴⁶.

A la vista de todo lo anterior, podemos afirmar que cuando el juez se niega a ejercer su deber de jurisdicción, sin causa legal que lo ampare (siendo causas legales, por ejemplo, que se esté tramitando su abstención o recusación, que el procedimiento está suspendido legalmente o que se vaya a plantear una cuestión prejudicial) está contraviniendo lo ordenado en el art. 1.7 CC y, además, está omitiendo el dictado de la resolución debida que exige el art. 24 CE. En similar sentido, si el juez se niega a resolver escudándose en que la ley es oscura, insuficiente o que guarda silencio, está faltando a su deber de ejercer la jurisdicción, impidiendo el dictado de la resolución debida que exige el art. 24 CE y desobedeciendo al art. 1.7 CC. En ambos casos, el delito de negativa a juzgar exige un comportamiento activo —la manifestación de la excusa improcedente o el pretexto vedado— que sustituye al dictado de la resolución debida.

4. Retardo malicioso. Retardo y dilaciones indebidas

Más arriba se ha adelantado que, en la opinión que aquí se sostiene, el art. 449 CP, al tipificar el retardo malicioso en la Administración de Justicia no está castigando las dilaciones indebidas, ni indicando que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) sea el bien

---

⁴⁶ *Atenuante de análoga significación (Estudio del art. 9, 10^a del Código Penal)*, Valencia, Universidad de Valencia, 1978, p.13.

jurídico en este delito⁴⁷, por más que pueda entenderse como el escenario lógico en el que se manifiesta el delito.

En realidad, el retardo malicioso es una forma de denegación de justicia, pero a diferencia del tipo del art. 448, requiere, no solo comportamiento doloso, sino, además, la búsqueda de un fin ilegítimo, conformándose la negativa a juzgar con el dolo, sin requerir ulteriores finalidades, pero exigiendo la negativa injustificada o con pretextos ilegítimos.

Consideramos que, como ya se ha indicado para la prevaricación y para la negativa a juzgar, la resolución o resoluciones retardadas maliciosamente y no dictadas lo que hacen es eludir la resolución debida que exige el art. 24.1 CE⁴⁸ y suponen el incumplimiento del deber jurisdiccional del juez. Naturalmente, la anterior afirmación y las que siguen se refieren al retardo en el que incurre el juez, no al imputable al secretario judicial o a otros funcionarios, dado que estos sujetos no ejercen la jurisdicción y no tienen que dictar una resolución debida.

Para la STS 2135/2003, de 20 de enero, el delito de retardo malicioso «viene a completar la protección del derecho a la tutela judicial efectiva a través del correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional, bien jurídico protegido en la prevaricación judicial». Es decir, en los tres delitos analizados falta la resolución debida y el juez desatiende su deber de ejercer la jurisdicción.

Tratándose del retardo debe hacerse una referencia a la exigencia de malicia⁴⁹ y al contenido que el art. 449 le asigna —conseguir cualquier finalidad ilegítima—, porque sin esa malicia, cualquier retardo o dilación resultan atípicos. Así, la malicia juega en el retardo un papel similar al que hemos visto en la denegación de justicia con la negativa sin causa o pretexto inadmisibles. La negativa sin causa y la malicia delimitan los

---

⁴⁷ FERRER BARQUERO considera que «la sobrecarga de trabajo...y la tardanza en resolver son elementos que contradicen el derecho constitucional a la tutela judicial, y más en concreto el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas». Este autor parece establecer una fuerte vinculación entre el derecho a la tutela y el referido a un plazo razonable; con todo, entiende que «las dilaciones indebidas no configuran el delito, a no ser que exista un elemento malicioso» (*El delito de prevaricación judicial*, ob. cit., p. 149). A la vinculación o no entre esos dos derechos y a la consecuencia que puede extraerse sobre la determinación del bien jurídico protegido (uno u otro derecho o los dos) nos referimos en las siguientes páginas.

⁴⁸ Para M. SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, el retardo malicioso lesiona el derecho a un proceso de dilaciones indebidas y pone en peligro el derecho a obtener una tutela judicial efectiva (*Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 410). Parece que esta autora admite que el bien jurídico está integrado por los dos derechos constitucionales. Para G. QUINTERO OLIVARES «el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas...tiene su respuesta penal en el artículo 449 CP» («De la prevaricación», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, T. II, Cizur Menor, Thomson Reuters, 6ª ed., 2011, p.1336).

⁴⁹ Sobre el significado del término «malicia» en los distintos Códigos Penales españoles, ver M. SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, ob. cit., pp. 410-424.

tipos penales en el sentido de que la simple denegación sin negativa infundada es atípica, como atípico es el retardo sin malicia.

La exigencia del elemento «malicia» en algunos delitos o en ciertas definiciones se ha interpretado, ahora y antes, de diversas formas, como dolo, conciencia de la antijuridicidad o móviles perversos. Prescindiendo de otros delitos y del significado histórico de la malicia como dolo o intención, en lo que se refiere al delito de retardo malicioso, la interpretación es auténtica y restringida a «retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima». Si se repara el CP no califica de ninguna forma el retardo, no le exige una especial gravedad; ni que constituya infracción disciplinaria muy grave de retraso injustificado y reiterado (art. 417.9 LOPJ), o grave de retraso injustificado (art. 418.11 LOPJ), o leve de incumplimiento injustificado o inmotivado de los plazos legalmente establecidos para dictar resolución (art. 419.3); ni que suponga la vulneración del derecho a no padecer dilaciones indebidas. Nada de esto conforma la tipicidad, porque lo relevante es que el retardo busque un fin ilegítimo y no que provoque dilaciones indebidas, entendiendo por dilaciones indebidas, no cualquier retraso, sino la concurrencia de factores que permiten calificar una dilación como indebida. A esta cuestión nos referimos después.

Volviendo a lo malicioso, suele interpretarse como elemento subjetivo del injusto, lo que supone que el retardo será intencional y encaminado a un fin ilegítimo, o sea, contrario a Derecho. Otra interpretación es la que sostiene que la finalidad ilegítima define el ámbito objetivo del delito y que la plasmación de esa finalidad debe estar abarcada por el dolo. Nos inclinamos por la primera interpretación a la vista de la redacción legal que indica que «Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima». Lo que se exige es que el retraso busque el fin ilegítimo, no que ese fin efectivamente se alcance. Con un ejemplo, bastaría que el juez retrase la tramitación para dejar prescribir un asunto, aunque finalmente la prescripción no se produzca, por ejemplo, porque el asunto lo asume un juez que sustituya al anterior por una baja médica y que reactiva la tramitación impidiendo la prescripción. El no alcanzar el fin ilegítimo que se buscaba no impide afirmar la tipicidad. Para la STSJ Cataluña 10/2011, de 28 de abril, «el dato objetivo del retardo carece de relevancia penal si no va asociado a la voluntad de ocasionar un resultado ilegítimo». Califica la malicia como elemento subjetivo del injusto la STS de 19 de octubre de 1995, que considera que es ese elemento el que permite distinguir el ilícito disciplinario muy grave del art. 417 LOPJ (o el grave del art. 418) y el tipo penal. Debe tenerse en cuenta que en la falta disciplinaria, no solo caben comportamientos imprudentes, sino también dolosos pero no maliciosos. La exigencia de dolo lleva a la atipicidad de los comportamientos imprudentes; así, el ATSJ Valencia, de 4 de marzo de 1999, consideró que «el retraso por mera negligencia, aun cuando esta sea muy grave y prolongada, es tan sólo constitutivo de infracción disciplinaria». La ausencia de dolo y de

búsqueda de fines ilegítimos explica que no se pueda calificar de retardo malicioso ni de negativa sin causa el comportamiento derivado de «una confusa situación a causa de los múltiples escritos y de los sucesivos recursos de reposición» que generó «un embrollo procedimental...que el Juzgado no supo impedir» (AAP Jaén de 11 de mayo de 2009).

Se ha considerado que concurren fines ilegítimos cuando el juez inutiliza una querrela para beneficiar a su amigo y querrellado (STS de 10 de junio de 1887); cuando se busca el perjuicio de una parte (SSTS de 6 y 21 de marzo de 1918); cuando se retrasa la tramitación de una adopción por un matrimonio de personas del mismo sexo por razones de conciencia (STSJ Murcia 5/2008, de 23 de diciembre⁵⁰); o cuando se colapsa la tramitación de permisos penitenciarios con la finalidad de acreditar el mal funcionamiento de la administración penitenciaria bajo el mandato de un concreto equipo con el que el juez tenía malas relaciones (STS 2135/2003, de 20 de mayo).

Al margen de otras cuestiones generales sobre el delito de retardo, nos fijamos en el punto referido a si para entenderse cometido el delito se requiere o no la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. Como ya se ha adelantado, entendemos que ese derecho al plazo razonable no es el bien jurídico protegido, pero sí aparece como el escenario habitual del retardo malicioso. Desarrollamos la cuestión a continuación.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la LECrim expresa en sus arts. 197 y 198 que las resoluciones y actuaciones judiciales «se dictarán y practicarán dentro de los términos señalados para cada una de ellas» y que no existiendo plazo señalado, «han de dictarse y practicarse sin dilación». Naturalmente, el solo incumplimiento de estos dos mandatos —plazo o celeridad—, nada infrecuente en la práctica, no permite, sin más, dar por probada la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y, menos aún, afirmar la tipicidad del retardo malicioso.

Por otro lado, el mandato de cumplimiento de plazos o de celeridad no se impone rígidamente, dado que entra en juego la tutela judicial efectiva, debiéndose compatibilizar ambos aspectos (STC 32/1999, de 8 de

---

⁵⁰ Esta Sentencia fue casada en STS 1243/2009, de 30 de octubre, para calificar por prevaricación del 446.3, por entender que el retraso se provocó mediante una serie de decisiones de «obstrucción beligerante» que integra la idea de resolución injusta. A propósito de esta Sentencia, debe recordarse que el delito de retardo es omisivo en la medida en que se evita dictar la resolución debida, es decir, la que da satisfacción al derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, en ocasiones, supone el dictado de otras resoluciones —comportamiento activo— retardatorias o que exigen a las partes trámites no contemplados en el procedimiento, pudiéndose entender que estas resoluciones pueden encajar en el concepto de resolución injusta de la prevaricación. Se genera así un concurso de normas que puede resolverse por la regla 1ª del art. 8 de especialidad en favor del retardo o por la regla 4ª —calificación más grave— en favor de la prevaricación.

marzo), de manera que, en ocasiones, se pueda admitir un incumplimiento del plazo o de la celeridad si resulta necesario para garantizar la resolución debida. Además, el derecho protegido en el art. 24.2 CE es a no sufrir dilaciones indebidas, lo que supone, en primer lugar, que hay «dilaciones no indebidas» y, en segundo lugar, que este precepto «no ha constitucionalizado un derecho a los plazos procesales... ha constitucionalizado el derecho de toda persona a que su causa se resuelva dentro de un tiempo razonable» (STC 5/1985, de 23 de enero). Debe aclararse que la expresión «derecho a un proceso en plazo razonable»⁵¹, utilizada en normativa supranacional, no puede identificarse con el cumplimiento de los plazos legales, sino con una duración razonable del procedimiento, en la que caben dilaciones, pero no caben dilaciones indebidas.

El de dilaciones indebidas es un concepto jurídico indeterminado que se determina en base a una serie de criterios elaborados por el TEDH, a los que se añaden otros establecidos en España por el TS y el TC: comportamiento de las partes y de la autoridad judicial, complejidad del caso, interés que arriesga el que padece las dilaciones, margen normal de duración de cada tipo de procedimiento y sobrecarga puntual y no previsible del servicio de Justicia. En relación a este último criterio, el TEDH considera que las dilaciones provocadas por causas estructurales y crónicas de la Justicia no impiden la calificación de indebidas. Lo anterior es relevante cuando analizamos el delito de retardo, porque no se podrá afirmar el retardo malicioso por sobrecarga de asuntos si el juez, víctima de esa sobrecarga, no esconde tras de ella un fin ilegítimo.

Más arriba hemos dicho que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es el bien jurídico del retardo malicioso, lo que supone que dilación indebida y retardo delictivo pueden aparecer en un mismo supuesto, y esto será frecuente, pero que no es necesario que se dé esa coincidencia para afirmar la tipicidad y, al contrario, es posible un retardo malicioso sin afirmarse la vulneración del derecho del art. 24.2 CE. Cuestión distinta es que se quiera limitar la tipicidad del art. 449 entendiendo que la misma no empieza hasta que no se constate la vulneración del derecho. Así, García Arán afirma que no hay antijuridicidad material si el retraso no constituye dilación indebida y que las maniobras dilatorias que se produzcan antes de la conculcación del derecho fundamental son atípicas⁵². Aunque se pueda admitir esta limitación que mira a la antijuridicidad material, ello no obliga a decir que el bien jurídico en el retardo sea el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; el delito no castiga un retraso o una dilación indebida, sino un retardo malicioso. En el sentido

---

⁵¹ Art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y art. 47.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, firmado en Niza el 7 de diciembre de 2000.

⁵² Ob. cit., pp. 175-176. En el mismo sentido se manifiesta FERRER BARQUERO, «La vertiente omisiva...», ob. cit., p. 374.

aquí sostenido, López Barja de Quiroga afirma que el concepto de dilaciones indebidas es absolutamente objetivo y no toma en cuenta el dolo del juez (es más, puede haber dilación indebida por estar el juzgado vacante) y que en el retardo malicioso debe determinarse si la dilación o retardo es imputable al juez, no bastando un periodo de tiempo dilatado⁵³.

Además de lo anterior, es posible apreciar graves retrasos en un procedimiento que no siendo imputables al juez —el juez no retrasa nada—, lo son a la mala gestión de la Administración de Justicia, a la carencia de medios o a una compleja tramitación procesal, que llevan a la violación del derecho del art. 24.2 CE imputable al Estado y no al juez. Lo que separa el delito de retardo de la dilación indebida debe buscarse en que el ilícito penal es un comportamiento imputable a un juez (o a los otros sujetos señalados en el art. 449) que provoca el retardo por razones ilegítimas; por lo contrario, la vulneración del derecho fundamental puede darse en las siguientes situaciones distintas a la de retardo malicioso: situación estructural de retraso endémico, falta de medios materiales o personales del servicio de Justicia; compleja tramitación exigida por la ley; mala gestión por desidia o desorganización de los asuntos imputables al juez; actuación imprudente del juez (no se tipifica el retardo imprudente); comportamiento de otros sujetos (las partes que retardan el procedimiento con una actuación obstruccionista). Ninguna de estas causales de las dilaciones indebidas se puede identificar con el retardo malicioso. La STC 36/1984, de 4 marzo, refiriéndose al excesivo volumen de trabajo, indica que esta situación exculpa al juez de responsabilidad penal y disciplinaria. Y esta afirmación del TC debe mantenerse aunque sea posible declarar la conculcación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas por tratarse de una sobrecarga estructural.

Lo que caracteriza el delito del art. 449 no es la mayor o menor dilación, sino el retardar el dictado de la resolución debida buscando un fin ilegítimo y ese retardo podrá afirmarse en el momento en el que se puede decidir y no se hace por razón ilegítima. En definitiva, aun pudiendo existir un ámbito de coincidencia entre el retardo malicioso y la dilación indebida, sin embargo no se presentan necesariamente vinculados, ni uno es requisito del otro⁵⁴. En otras palabras, el delito y la vulneración del derecho pueden aparecer como círculos secantes o no, pero no son círculos concéntricos. Si el retardo requiriese de la constatación de que ha habido una dilación inde-

⁵³ *Manual de Derecho Penal. Parte especial III*, Madrid, Akal, 1992, p. 227. RAMOS TAPIA considera que es inadecuado configurar el retardo como lesivo del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas porque lo que se castiga es el retardo malicioso y no el incurrir en dilación indebida (ob. cit., pp. 477-478).

⁵⁴ Se rechaza aquí la afirmación de que «siempre que haya retardo malicioso mediarán dilaciones indebidas, pero no al contrario (E. MORENO Y BRAVO, «Aproximación al delito de prevaricación del artículo 449 CP 1995: retardo malicioso en la Administración de Justicia (A propósito de la STS de 20 de enero de 2003)», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 80, 2003, p. 268)

bida, debería seguirse la necesidad de que el TC declarase en vía de amparo la vulneración del derecho, lo que en la realidad no es necesario.

Es más, como se ha indicado, cabe plantearse que el delito se consuma en el momento referido —se puede resolver y no se hace maliciosamente, sin que todavía pueda apreciarse una dilación indebida—, aunque con posterioridad se acabe dictando la resolución debida. En este sentido la STS 550/2004, de 20 de mayo, condenó por retardo malicioso a un juez que suspendió sin causa la ejecución de una sentencia y que debió abstenerse y no lo hizo, desatendiendo las muchas solicitudes en ese sentido que resolvía con argumentaciones absurdas, hasta que se pidió pieza separada de recusación que admitió, pero sin formar la pieza separada y sin tramitar la recusación, para acabar resolviendo el fondo sin referencia a la recusación. También se condenó por cohecho, al recibir dinero a cambio de su actuación y por prevaricación propia por no abstenerse cuando existía causa legal para ello y por no tramitar la recusación. El dictado tardío de la resolución no impidió la condena por retardar maliciosamente la ejecución de una sentencia.

Lo que sí puede ocurrir en la práctica es que el retardo malicioso no aflore o no pueda probarse hasta que no sea posible ver una dilación no justificable; así, si se está en tiempo razonable para dictar una resolución, pero ya ha decidido el juez que la va a retardar para favorecer a una parte con la que tiene amistad (escondiendo una querrela para que se alcance la prescripción), será difícil probar el retardo, pero ya existe la malicia y, sin embargo, no puede hablarse de dilaciones indebidas.

La situación fáctica descrita será habitual, pero ello no autoriza a afirmar que el bien jurídico protegido sea el derecho a no padecer dilaciones indebidas, desplazando o cohabitando con el derecho a la tutela efectiva y el deber de actuación jurisdiccional.

Cierto es que la confusión puede ser consecuencia de la posición que se adopte en relación con la autonomía (o no) de los derechos del art. 24.1 CE —tutela judicial— y del art. 24.2 CE —proceso sin dilaciones indebidas—. Puede adelantarse que en este punto la doctrina del TC no es uniforme. A partir de la STC 24/1981, de 14 de julio, se afirma que ambos derechos son autónomos, siendo consecuencia de esa afirmación que la resolución tardía da cumplimiento a la tutela judicial, pero no al proceso sin dilaciones. Así, planteado el amparo constitucional por una actuación retardada, pero que acaba con el dictado de la resolución debida, se considera que se ha satisfecho el derecho a la tutela (hay resolución, aunque sea tardía), pero queda incumplido el derecho a la tramitación en plazo razonable (porque ha habido dilación indebida, lo que no se neutraliza con la resolución tardía⁵⁵). Esta autonomía en el tratamiento y en

---

⁵⁵ Se ha concedido el amparo por dilaciones indebidas, incluso en los casos en los que tras la interposición del recurso de amparo y antes del dictado de la correspondiente

las consecuencias jurídicas de los dos derechos no es obstáculo para reconocer que existe entre ambos una vinculación sociológica —la justicia tardía no es justicia— (STC 5/1985, de 23 de enero, entre otras muchas), pero no jurídica y que ambos derechos, aun siendo autónomos, no son compartimentos estancos, al presentarse el derecho a un plazo razonable como instrumental del derecho a la tutela efectiva⁵⁶. En otras palabras, la STC 324/1994, de 20 de diciembre, aun reconociendo la autonomía de los dos derechos, afirma que están íntimamente relacionados y que debe establecerse entre ellos un equilibrio que permite afirmar la autonomía del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, pero reconociendo que ese derecho opera vinculado al resto de derechos procesales: el tiempo razonable es necesario para hacer valer la tutela efectiva. En este sentido, más arriba hemos dicho que en ocasiones se pueda admitir un incumplimiento del plazo o de la celeridad si resulta necesario para garantizar la resolución debida.

En lo que aquí importa y a la vista de la autonomía de los derechos a la tutela y a no padecer dilaciones indebidas, entendemos que en el retardo malicioso el bien jurídico protegido es la tutela judicial efectiva enmarcada en el deber de ejercer la jurisdicción, es decir, el mismo visto para la prevaricación y para la negativa a juzgar. Lo anterior no impide admitir dos cosas: 1^a) que el escenario en el que aflorará el retardo malicioso puede ser el de la vulneración del derecho a un plazo razonable, siendo muy difícil la prueba fuera de ese marco y 2^a) que el principio de intervención mínima puede aconsejar negar la antijuridicidad material en los supuestos en los que hay una actuación maliciosa, pero en los que no se dan los requisitos objetivos para afirmar una dilación indebida y se acaba resolviendo.

---

sentencia constitucional, el órgano judicial ha acabado por dictar la resolución que se había estado retardando. Entre otras muchas, la STC 124/1999, de 28 de junio, sostiene que «aunque cese la inactividad, no desaparece el objeto del proceso constitucional pues la dilación indebida no se repara por una actuación tardía». Debe señalarse que en este punto la respuesta del TC no es uniforme porque hay resoluciones que no entran a conocer el amparo si el proceso ha concluido antes de interponerse la demanda de amparo, entendiéndose que hay falta de objeto. En realidad, lo mismo podría decirse del supuesto en el que la resolución se dicta tras la interposición del amparo, lo que podría entenderse como una falta de objeto sobrevenida. Al final, algunas resoluciones del TC, aun partiendo de la autonomía de los dos derechos, acaban confundidos. Así lo considera E. PEDRAZ PENALVA al señalar que el TC afirma, a la vez, que la resolución tardía satisface el derecho a la tutela efectiva y que la resolución tardía es falta de tutela («El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», en J.L. Gómez Colomer y J. L. González Cussac (coordinadores), *La reforma de la Justicia penal. Estudios en Homenaje al Profesor Klaus Tiedemann*, *Estudis Jurídics*, núm. 2, Castellón de la Plana, 1997, p. 392. En otro lugar he mantenido la misma posición que Pedraz (MANJÓN-CABEZA OLMEDA, *La atenuante analógica*, ob. cit., pp. 128-136).

⁵⁶ En este sentido puede verse el voto particular de Gimeno Sendra a la STC 83/1989, de 10 de mayo y J. V. GIMENO SENDRA, «El derecho a un proceso sin dilación indebida», en *Poder Judicial*, núm. Especial 1, 1986, pp. 51-52.

El retardo malicioso se imputa al juez (o a los otros sujetos indicados en el art. 449), mientras que las dilaciones indebidas se imputan al Estado. Para condenar por retardo no es necesario probar las dilaciones, ni obtener amparo constitucional por vulneración del derecho al plazo razonable, ni ser acreedor de una indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ni que se den los requisitos para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas.

En el delito de retardo falta la resolución debida, lo que es consecuencia, no de una situación de dilación indebida, sino de la búsqueda de fines ilegítimos por parte del juez.

5. Conclusiones

1. La resolución debida es la que satisface el derecho a la tutela judicial efectiva. En el delito de prevaricación la resolución debida se sustituye por una que es «injusta». En la negativa a juzgar y en el retardo malicioso la resolución debida se elude sin causa que lo justifique o se retarda maliciosamente.

2. La resolución debida que se opone a la prevaricadora —injusta, retardada o eludida— puede ir referida a cualquiera de las cuatro facetas de la tutela judicial efectiva que contempla el art. 24.1 CE: acceso a la jurisdicción, resolución motivada en Derecho, ejecución y recursos.

3. La tutela judicial efectiva en el marco del deber de ejercer la potestad jurisdiccional es el bien jurídico de las tres figuras delictivas analizadas.

4. La prevaricación no tiene por finalidad depurar la interpretación y sus resultados; tampoco es un castigo contra el juez «disidente» que no acata la interpretación establecida, proponiendo otra.

La sola falta de motivación de la resolución no lleva al injusto de prevaricación, si la resolución, aún inmotivada, no es injusta.

5. Solo son idóneas a los efectos de la prevaricación las resoluciones jurisdiccionales del art. 245 LOPJ —sentencia, auto y providencia— y las resoluciones de los plenos jurisdiccionales del art. 264 LOPJ.

Las resoluciones dictadas fuera del marco jurisdiccional, en el ejercicio de función gubernativa o disciplinaria son «acuerdos» —art 244 LOPJ— y no pueden dar vida a un delito de prevaricación; tampoco es resolución jurisdiccional el voto particular —art. 260 LOPJ—.

6. La dificultad de definir lo «injusto» a los efectos de la prevaricación aconseja hacer una delimitación negativa que deje fuera del ámbito del delito una serie de resoluciones que, aun no siendo conformes a Derecho o encerrando un error o una interpretación minoritaria o novedosa, sin

embargo, no pueden tenerse por «injustas». La prevaricación no es la contrariedad a la ley, sino la contrariedad a todas las posibles interpretaciones que pueden hacerse de la ley conforme a los criterios interpretativos del CC.

No es «injusta» la resolución que se recurre con éxito, ni la que se opone a la doctrina de una instancia judicial superior, aunque sea el TS.

7. La independencia judicial supone que los jueces están sometidos solo a la ley y no jerárquicamente a sus superiores, que solo pueden corregir sus interpretaciones en vía de recurso. Esa independencia y la libertad de interpretación no pueden ser cercenadas por el delito de prevaricación; muy al contrario, la independencia y la libertad de interpretación son un límite al tipo de prevaricación.

8. En el sistema español no existe jurisprudencia vinculante *a priori*, ni si quiera la del TS, incluidas las sentencias de casación para la unificación de doctrina en el ámbito social. La jurisprudencia del TS no es fuente del Derecho al no estar contemplada en el art.3.1 CC; la jurisprudencia sirve para «complementar» el ordenamiento —art. 3.6 CC—, pero no para completarlo, porque el ordenamiento está completo —art. 3.7 CC—, no reconociéndose las lagunas de Derecho, aunque puedan existir lagunas de ley que se resuelven por autointegración.

9. Solo las resoluciones del TC vinculan a todos los jueces, *a priori* y *a posteriori* —arts. 5.1 LOPJ y 40.2 LOTC—, sin que sea posible eludir sus interpretaciones, por lo que desobedecer al TC nos coloca en el escenario de la prevaricación.

10. Son resoluciones atípicas para la prevaricación las siguientes: la que se equivoca en la determinación de los hechos o en la selección de la norma aplicable; la que se equivoca en la interpretación de la norma, pero no es irracional; la que opta por una interpretación novedosa o minoritaria cubierta por la libertad de interpretación; la que desobedece la doctrina de un órgano superior mediante una interpretación admisible; la que se corrige al resolver un recurso; la que da lugar al amparo constitucional por vulneración del derecho a la legalidad.

11. La negativa a juzgar debe analizarse en los dos escenarios típicos: que no haya causa legal que justifique la negativa y que se pretexto una imposibilidad por oscuridad, silencio o insuficiencia de la ley en contra de lo ordenado por el CC en el art. 3.7 —resolver en todo caso ateniéndose al sistema de fuentes— y por la LOPJ en el art.11.3 —resolver siempre—. El ordenamiento jurídico es pleno y sin espacios vacíos y cualquier supuesto debe tener una respuesta en Derecho conforme a las fuentes.

Cualquier posible oscuridad de la ley debe solventarse acudiendo a los métodos de interpretación.

En materia de Derecho Penal, cualquier «laguna» que quiera verse se resuelve declarando la atipicidad, porque en la ley penal no hay lagunas, sino decisiones del legislador de no castigar ciertos comportamientos.

Como en la prevaricación, el bien jurídico en el retardo es el derecho a la resolución debida y el deber de ejercer la jurisdicción. Lo mismo puede decirse para el retardo malicioso.

12. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas no es el bien jurídico del retardo, pero sí puede ser su escenario, permitiendo que aflore y posibilitando su prueba. La existencia de dilaciones indebidas puede actuar como límite, a partir del que se afirme la antijuridicidad material.

El retardo solo es típico si es malicioso, o sea, si busca un fin ilegítimo.

No existe un derecho constitucional a los plazos o al mandato de celeridad, pero sí al plazo razonable modulado por las exigencias de la tutela judicial efectiva.

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es autónomo en relación al derecho a la tutela judicial efectiva; así lo afirma el TC, aunque en ocasiones parece olvidar esa autonomía.

El retardo malicioso es imputable al juez; la dilación indebida es imputable al Estado. El retardo malicioso y la dilación indebida pueden aparecer como círculos secantes, pero no son círculos concéntricos.

El retardo malicioso se consuma cuando se puede resolver y no se hace por razón ilegítima, sin requerirse la existencia de una dilación indebida, ni del amparo constitucional por vulneración del plazo razonable, ni que se de el supuesto que genera derecho a indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, ni que se den los requisitos para apreciar la atenuante de dilaciones indebidas.

Bibliografía

- BACIGALUPO, E. «Jurisprudencia y seguridad jurídica», en J. JIMENEZ VILLAREJO, *La fuerza vinculante de la Jurisprudencia*, Madrid, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, 2001, pp. 129-152.
- BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene*, Milano, Giuffré, 1873, pp. 17-22.
- BENLOCH PETIT, G. «¿Prevarica el Juez que se aparta de la doctrina consolidada del Tribunal Supremo? Comentario crítico a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2001 (caso Santiago Raposo)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11 (2003), pp. 305-338.

- CÓRDOBA RODA, J. en CÓRDOBA RODA, J. y GARCÍA ARÁN, M. (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tomo II, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- FERNÁNDEZ AVILÉS J. A. y RODRÍGUEZ-RICO ROLDÁN, V. «Contenido y alcance de la sentencia dictada en recurso de casación para unificación de doctrina», en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *El recurso de casación para unificación de doctrina en el Orden Social de la Jurisdicción*, Madrid, BOE, 2020, pp. 489-512.
- FERRER BARQUERO, R. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- «La vertiente omisiva de la prevaricación judicial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXIV, n. 143, 2002-2003, pp. 324-374.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. *El derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosch, 2008.
- GARCÍA ARÁN, M. *La prevaricación judicial*, Madrid, Tecnos, 1990.
- GÜIDI CLAS, E. M. *La prevaricación judicial en España y en el Derecho Comparado*, Barcelona, Bosch, 2006.
- GIMENO SENDRA, J. V. «El derecho a un proceso sin dilación indebida», en *Poder Judicial*, núm. Especial 1, 1986, pp. 47-60.
- HAVA GARCÍA, E. «Prevaricación judicial», en F.J. ÁLVAREZ GARCÍA (dir.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte Especial. III. Delitos contra las Administraciones Públicas y de Justicia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 811-845.
- JAÉN VALLEJO, M. «La ilicitud del delito de prevaricación judicial. A propósito de la STS de 15 octubre 1999 y del ATS de 23 julio 2002», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04 (2002), pp. 1-12.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. *Manual de Derecho Penal. Parte especial III*, Madrid, Akal, 1992.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A. *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*, Barcelona, Grupo Difusión, 2006.
- «Son vinculantes los acuerdos del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS? (A propósito del Acuerdo de 18 de julio de 2006)», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 10-02 (2008) <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-02.pdf> (consultado el 30 de enero de 2024).
- «Independencia judicial y resolución injusta en el delito de prevaricación judicial», en I. DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGA TORRES (coords.), *Derecho, Justicia, Universidad. Liber amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, Ramón Areces, 2016, pp. 1955-1979.
- MORENO Y BRAVO, E. «Aproximación al delito de prevaricación del artículo 449 CP 1995: retardo malicioso en la Administración de Justicia (A

- propósito de la STS de 20 de enero de 2003», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 80, 2003, pp. 267-280.
- ORTS BERENGUER, E. *Atenuante de análoga significación (Estudio del art. 9, 10ª del Código Penal)*, Valencia, Universidad de Valencia, 1978, p. 13.
- PEDRAZ PENALVA, E. «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», en J.L. GÓMEZ COLOMER y J. L. GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la Justicia penal. Estudios en Homenaje al Profesor Klaus Tiedemann*, num. 2, Castellón de la Plana, *Estudis Jurídics*, 1997, pp. 383-407.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M. *Problemas fundamentales del delito de prevaricación judicial. Doctrina y Jurisprudencia*, Madrid, Ramón Areces, 2007.
- QUINTERO OLIVARES, G. «De la prevaricación», en G. QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, T. II, Cizur Menor, Thomson Reuters, 6ª ed., 2011, pp. 1327-1342.
- RAMOS TAPIA, M. I. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- ROSADO IGLESIAS, G. «Independencia y responsabilidad judicial», en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 29, 2006, pp. 59-106.
- RUIZ-RICO RUIZ, G. y CARAZO LIÉBANA, M.J. *El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- SANZ-DIEZ DE ULZURRUN LLUCH, M. *Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- SALAH PALACIOS, E. *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-2014*, Madrid, Cultiva Libro, 2015.
- TORÍO LÓPEZ, A. «Tipicidad. Referencia a la Teoría de los tipos abiertos», en J. JIMÉNEZ VILLAREJO, *Vinculación del juez a la ley penal*, Madrid, CGPJ, 1995, pp. 7-34.